

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim

**DAS VIOLAÇÕES À SEPARAÇÃO DE PODERES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Belo Horizonte
2022

Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim

**DAS VIOLAÇÕES À SEPARAÇÃO DE PODERES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestra em Direito.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior

Área de concentração: Constitucionalismo Democrático

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B673d Bonfim, Gabrielle Cristina Menezes Ferreira
Das violações à separação de poderes pelo Supremo Tribunal Federal /
Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim. Belo Horizonte, 2022.
125 f.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Ativismo judicial. 3. Autonomia. 4. Judicialização da política. 5. Princípio da dignidade da pessoa humana. 6. Separação de poderes. 7. Constitucionalismo. 8. Poder judiciário. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.56

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Gabrielle Cristina Menezes Ferreira Bonfim

**DAS VIOLAÇÕES À SEPARAÇÃO DE PODERES PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestra em Direito.

Área de concentração: Constitucionalismo Democrático

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Arthur Magno e Silva Guerra – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2022.

Dedico este trabalho ao Eterno, o fundamento
de toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Eterno, que me concedeu a graça para a conclusão de mais uma etapa em minha vida, sem Ele nada seria possível. Ao meu marido, Cosme, por todo o seu amor, por sua afetuosa paciência despendida em minhas ausências e, principalmente, por ter apoiado minhas decisões, sempre me dando os melhores conselhos. À minha linda filhinha, Alice, que me inspira todos os dias a fazer o meu melhor e com o seu doce sorriso transforma a minha vida. À minha mãe, Silvânia, que, com o seu carinho, tanto me auxiliou nesta jornada, dando à minha filha o cuidado que muitas vezes não pude ofertar e a mim, o colo materno nos dias difíceis, além do incentivo de sempre. Ao meu avô, Iris, por me esperar antes das aulas com o seu delicioso cafezinho, que enchem o meu coração de afeto. Enfim, à toda a minha família, que tanto me apoiou nessa caminhada, me ouvindo, me aconselhando e, antes de tudo, torcendo por mim. Aos mestres, que compartilharam os seus saberes e me conduziram até este ponto, em especial ao meu orientador Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior e ao Professor Doutor José Adércio Leite Sampaio, nos quais me inspiro para o início da vida acadêmica.

“O ativismo judicial alimenta-se de si próprio.”

Karst e Horowitz

RESUMO

O cerne do constitucionalismo democrático baseia-se na proteção dos direitos fundamentais, amplamente difundidos através dos textos constitucionais que se seguiram após a Segunda Guerra Mundial. O interesse que se amoldou nessa nova direção protetiva foi a de estabelecer mecanismos de contenção dos arbítrios progressos, vindo a ser privilegiada a teoria da separação de poderes originada em Locke, redefinida por Montesquieu e aplicada na Constituição norte-americana de 1787. Por certo, essa teoria sofreu grandes remodelações desde o século XVII, vindo a ser utilizada efetivamente no Brasil apenas com a promulgação da Constituição de 1988, que a elevou a fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito brasileiro. Ocorre que a autonomia dos poderes soberanos perde sua essência ao se ter em voga a atuação do Supremo Tribunal Federal, que, corriqueiramente, tem se revestido de seu poder discricionário – equivocadamente compreendido – para reformular a inteligibilidade da letra constitucional, modulando-a para a conformação do posicionamento político-ideológico de seus membros. Percebe-se que essa prática se ajusta à judicialização da amplitude de direitos constitucionalizados, que, por consequência, privilegia o ativismo judicial dos tribunais. Atraindo para si a competência para a prolação de decisões tendentes aos poderes eleitos, o Judiciário relativiza a letra constitucional, desabonando os princípios democráticos insculpidos sob a égide da dignidade humana no plano dos arranjos institucionais do Estado, afetando um de seus principais aspectos: a autonomia. Um dos responsáveis pela guarda da Constituição, a Corte máxima brasileira tem se tornado o principal agente de instabilidade jurídica. Para essa demonstração, necessário se faz o exame de casos julgados pela Suprema Corte brasileira que comprovarão essa inclinação ativista.

Palavras-chave: ativismo judicial; autonomia; judicialização da política; princípio da dignidade humana; separação de poderes; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The crux of democratic constitutionalism is based on the protection of fundamental human rights, vastly divulged through the constitutions penned after World War II. The intent was to set mechanisms such as those found in Loch and Montesquieu's theory of Separation of Powers which would forestall State high-handedness as occurred previously. However going through remarkable transformations since the XVII century, it was only applied to a constitutional text in Brazil in 1988 with the promulgation of the 1988 Constitution, which upheld the theory of Separation of Powers as a structuring element of Brazil's democratic state. Notably, the autonomy of the sovereign powers dwindles before the Supreme Court since it has overused its discretionary power thus resignifying the interpretation of the constitutional text and reshaping it in accordance with their political-ideological positions. Such attitude of the Supreme Court align itself with the theory of judicialization of the amplitude of constitutional rights which allows for the so-called judicial activism. Thus, by encompassing duties pertaining to the legislative power, the judicial power relativize the letter of the law in detriment to democratic principles inscribed under the umbrella of the principle of human dignity on the level of institutional array of the State, affecting one of its main aspects: autonomy. Despite its task as guardian of the Constitution, Brazilian Supreme Court has become the major responsible for judicial instability. In order to reveal such phenomenon, a thorough examination of cases tried by the Supreme Court will be necessary.

Keywords: judicial activism; autonomy; judicialization of politics; principle of human dignity; separation of powers; Supreme Court.

LISTAS DE SIGLAS

AC	Ação Civil
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
PET	Petição
PHS	Partido Humanista da Solidariedade
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PP	Partido Progressista
PRB	Partido Republicano Brasileiro
PSC	Partido Social Cristão
PTN	Partido Trabalhista Nacional
SDD	Partido Solidariedade
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	19
2	SEPARAÇÃO DE PODERES	23
2.1	A função jurisdicional na teoria da separação de poderes e suas principais transformações desde o século XVII	25
3	O DESENVOLVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL	39
3.1	Judicialização da política como causa do surgimento do ativismo.....	39
3.2	Ativismo judicial	44
3.3	O ativismo brasileiro	52
4	DO ATIVISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	59
4.1	Princípio da dignidade humana como atributo da democracia.....	59
4.1.1	<i>Autonomia da vontade como elemento basilar do princípio da dignidade humana.....</i>	61
4.2	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402.....	68
4.2	Ação Cautelar nº 4.327	82
4.3	Ação Penal nº 1.044.....	91
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
	REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar como a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) tem se voltado, há algum tempo, às práticas ativistas que tocam a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, desnaturando o princípio da separação de poderes cunhado por Montesquieu e alicerçado na Constituição Federal de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito. Esta pesquisa se revela importante pelo fato de estar a Corte Judicial máxima fundando suas principais decisões em posicionamentos políticos que interferem o âmago do processo majoritário, em nítido descompasso constitucional. Além disso, ela cria uma instabilidade jurídica que afeta toda a estrutura legal, uma vez que a própria Constituição Federal tem sido relativizada para se adequar aos comandos dos membros da Corte a cada caso em disputa.

Essa prática, que não é exclusiva do Brasil, teve como principal causa a crescente judicialização da política, iniciada a partir das declarações e tratados de direitos humanos estabelecidos no período posterior à Segunda Guerra Mundial, ganhando mais propensão no direito norte-americano pela sua adesão ao sistema do *judicial review*, que acendeu uma nova dimensão aos poderes do Poder Judiciário, antes timidamente ativo, expandindo-se pela Europa e América Latina.

No Brasil, esse estágio só foi oportunizado, de fato, após a retomada democrática ocorrida em 1988, em razão da promulgação da Constituição Federal, que adotou um caráter social para estampar uma enormidade de direitos que seriam deprecados aos poderes eleitos. Sem embargo, essa exorbitância de garantias viabilizou a crescente judicialização de direitos não efetivados pelos meios originários, trazendo o Judiciário ao centro do debate político. Passaram os tribunais, a partir disso, principalmente a Corte máxima brasileira, a empreender políticas públicas tendentes às instituições majoritárias, o que gerou, como resultado, o ativismo judicial. O que antes serviu para garantir a aplicação de direitos sociais se reconduz à ingerência de seus membros, ao se imiscuir na autonomia decisória dos Poderes Legislativo e Executivo, suscitando, inclusive, o interesse de grupos de oposição política que avistam nessa toada uma forma contumaz de atravancar políticas públicas opostas aos seus interesses, que encontram guarida na condução parcial dos julgados.

Para mais, os tribunais ultrapassam o condão do controle concentrado de constitucionalidade, utilizando-se da modulação e inovação legal, de forma inconstitucional, para se intermeterem no processo de criação do direito positivo. Em razão desses aspectos negativos ao sistema democrático brasileiro, primeiramente, desenvolvem-se neste estudo os aspectos de surgimento da Teoria da Separação de Poderes, tal como criada por Montesquieu, partindo-se, antes, de uma análise histórica que aborda as concepções de seus predecessores, que, como John Locke, influenciaram o desenvolvimento da teoria. Em seguida, realiza-se uma abordagem de sua função jurisdicional e suas principais transformações desde o século XVII, levando-se em conta para essa tarefa a observação de sua aplicação nos direitos europeu, norte-americano e brasileiro. Demonstra-se que, de acordo com cada realidade estatal, a teoria tripartite serviu de amparo para a proeminência de um dos poderes soberanos, que, ao longo dos anos, oscilaram entre o Poder Legislativo e o Executivo, até que se chegou ao Poder Judiciário, por anos tido como um poder neutro e dependente.

Em um segundo momento, realiza-se a análise do agigantamento do Poder Judiciário, que se tornou possível após a ampla constitucionalização de direitos que os países de cunho democrático empreenderam para a contenção das práticas abusivas vistas no período da Segunda Grande guerra. Surgindo desse momento, a força política dos tribunais, que acataram, sem constrangimentos, a prática da judicialização de assuntos que antes tocavam tão-somente aos Poderes Legislativo e Executivo. Para isso, evidencia-se que a judicialização da política foi uma das principais consequências para o surgimento do ativismo judicial, sobretudo em países que adotaram a teoria montesquiana.

Abordam-se, para tanto, o conceito e a origem da judicialização da política para se chegar à sua principal consequência, que é o ativismo judicial. Inicia-se esse enfoque lembrando o fortalecimento do Poder Judiciário a partir dos federalistas norte-americanos, causa crucial para a viabilização das práticas ativistas, mas não somente. Esta pesquisa encaminha-se a partir do pensamento dos principais estudiosos do tema para se conseguir obter uma conceituação do que é o ativismo e de quais as causas que o prescinde. Importante para essa finalidade foi discorrer sobre sua origem, até se chegar ao ativismo brasileiro.

A terceira parte do estudo visa, essencialmente, analisar como o ativismo no STF tem sido desenvolvido como mecanismo de contenção ou impulsionamento

político, revestido da equivocada compreensão do conceito de discricionariedade judicial e do poder precípua de guardião da Constituição. Com essa intenção, elementar é a abordagem do princípio da dignidade humana como atributo da democracia, eis que não se pode analisar os abusos constitucionais esquecendo-se de um de seus fundamentos basais.

Por derradeiro, importante se faz o exame de um de seus atributos, que é a autonomia privada e pública. Autonomia privada porque toca ao direito da particularidade, no direito de autodeterminação de uma pessoa frente ao Estado, ou seja, do seu direito ao sufrágio universal. E a autonomia pública por se ligar diretamente à democracia e à possibilidade de, em um sistema democrático, os cidadãos participarem do processo de criação da sociedade. Juntas, correspondem ao mecanismo de afirmação popular que se manifesta quando há a escolha de seus representantes eleitos, e, unidos a isso, a possibilidade de se fazer representar-se através da decisão do sistema majoritário, o que é inviabilizado pela intromissão da Corte em reger-se como *ultima ratio*, em nítida violação à autonomia funcional. Para melhor elucidação do problema exposto, analisam-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402, a Ação Cautelar nº 4.327 e a mais recente Ação Penal nº 1.044, depreendendo-se à minúcia das inconstitucionalidades perpetradas pelo STF.

2 SEPARAÇÃO DE PODERES

Historicamente, a separação de poderes adveio da ideia de divisão de funções dentro de uma sociedade. Há registros dessa concepção na civilização Suméria, que existiu cerca de cinco mil anos atrás e que foi considerada uma das mais desenvolvidas no mundo antigo. Essa técnica de separação de funções foi de igual forma estabelecida pelos gregos, que passaram a empregá-la a partir do século VIII a. C., quando o sistema de organização política e institucional das cidades-Estado passou por profundas transformações. Nesse período surge a figura de Aristóteles, que, com sua obra *Política*, foi considerado o precursor da concepção da separação de poderes. Nessa obra, ele desenvolveu o que muitos pensam ser a teoria da separação de poderes. Todavia, Aristóteles caracterizou o que se consistiu apenas na descrição das competências que a cada magistrado eram atribuídas na realidade política da época em que vivia.¹ Contudo, ainda que de maneira primitiva, já se insculpia a ideia da necessidade de coexistirem três poderes essenciais na estrutura do Governo.

Apesar disso, Sérgio Leal adverte que a descrição realizada por Aristóteles acerca da separação de poderes não pode ser confundida com as teorias modernas, que levam em conta a autonomia dos órgãos estatais e a existência de complexos mecanismos de controle recíproco, apesar de ter sido ele a figura que influenciou a chamada teoria da constituição mista, que perdurou durante toda a Idade Média.²

A concepção da ideia de separação de poderes seguiu-se com os ingleses, que, ao final do século XVII, conseguiram impor limitações ao poder de seus monarcas através da fragmentação das funções desempenhadas pelo Estado. Foi nesse período que John Locke formulou as bases fundamentais da teoria da separação de poderes, que, apesar de não terem repercutido como as insculpidas por Montesquieu, demonstrou a necessidade de isonomia entre os poderes para que as funções de um Estado fossem mais bem desempenhadas.³

¹ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 11-1.5

² LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 16.

³ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 17-20.

É inquestionável a influência de John Locke na elaboração da teoria de Montesquieu, mas ele conseguiu ir além de seus predecessores, desenvolvendo um modelo que não apenas identifica as funções estatais, mas as distribuí entre órgãos autônomos a partir de critérios de especialização funcional.⁴ Ao introduzir essa premissa, previu que as atividades estatais deveriam ser distribuídas entre três órgãos autônomos e independentes, utilizando o critério da separação funcional como mecanismo de escolha dessa atuação. Além disso, anteviu a existência de um controle político da atuação estatal para impedir abusos de quaisquer poderes instituídos. Esse controle seria desempenhado pelos demais poderes.⁵

Contudo, o esquema da organização dos poderes estatais refletiu por anos o predomínio político do Poder Legislativo sobre os demais, e, nessa órbita, o Poder Judiciário era tido apenas como um poder nulo, que se movimentava a partir das decisões políticas que o Legislativo deprecava. Surgia aí o primado da tese positivista da separação entre a política e o direito, que, mesmo tendo o seu início conectado ao processo político, “uma vez criado pelo legislador, deve ser considerado pelos juristas e pelos órgãos incumbidos de sua aplicação de um modo puramente técnico”.⁶

A teoria foi insculpida no primado da lei, em uma busca de romper com o arbítrio governamental da época. Por isso ao Judiciário se conferiu uma subsunção mecânica da lei, que deveria ser exercido de maneira neutra, ganhando só a partir de Kelsen a concepção de que a tarefa de julgar vai além de apenas subsumir o fato à norma, aproximando o Poder Judiciário do Poder Legislativo, mantendo as questões relativas à Teoria da Interpretação e ao uso da argumentação jurídica afastadas da dogmática.⁷

Montesquieu não vivenciou a aplicação normativa de sua teoria, tendo ela sido implementada 34 anos após a sua morte, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que inscreveu em seu artigo 16 a garantia da separação de poderes em um sistema constitucional. A partir daí, ela foi percebida por vários países e remodelada de acordo com sua realidade.

⁴ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 21.

⁵ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 24.

⁶ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 70.

⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69-74.

2.1 A função jurisdicional na teoria da separação de poderes e suas principais transformações desde o século XVII

De inquestionável importância, o modelo da separação de poderes é fruto de uma construção doutrinária, que tem variado no tempo e no espaço. De acordo com Leal, não é mais possível de ser conceituada apenas como a distribuição das funções estatais dentre órgãos independentes, tal como ocorria a partir do século XVII, sem que sejam feitas adaptações necessárias para se enquadrar às sociedades contemporâneas.⁸

Fato é que tal modelo “não se funda sobre uma teoria sistematizada a respeito da separação de poderes, mas foi criada ao longo de muitos anos sobre as tradições jurídico-políticas: a inglesa, a francesa e a norte-americana”.⁹ Além disso, a distribuição das funções a serem desempenhadas pelos governantes já era empregada antes mesmo do racionalismo iluminista,¹⁰ como se viu em Aristóteles a partir de sua teoria da constituição mista, adaptada posteriormente na práxis política inglesa do século XVII.

Discorrendo sobre a doutrina de Gwyn, Saldanha evidencia que “a teoria da separação de poderes, que posteriormente assumiria caráter descritivo, possui nos escritores políticos dos séculos XVII e XVIII um cunho de doutrina normativa”.¹¹ Essa característica é marcante dos escritores políticos ingleses, já que servia também “para ser aplicada às teorizações sobre a soberania, entre os séculos XVI e XIX”.¹²

Compete ainda demonstrar que, no tocante ao esquema da separação de poderes nos séculos XVII e XVIII, existiu um “racionalismo a um conjunto de linhas de experiência e de doutrina que vinham de épocas bastante anteriores”.¹³ Não houve inovação da teoria em si, mas sim uma conformação ao conteúdo iluminista e ao estilo

⁸ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 16.

⁹ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 16.

¹⁰ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 13.

¹¹ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 154.

¹² SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 154.

¹³ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 158.

constitucional da nova *ratio* e nova *ordinatio*.¹⁴ Esse caráter não inovador também foi creditado à Revolução Francesa, que, a partir de então, afirmou a separação dos poderes tal qual formulada por Montesquieu e o reafirmando pelo contexto histórico.¹⁵

Sob o enfoque da tradição inglesa, as modernas teorias a respeito da distribuição das funções estatais se dão no período de transição do Estado feudal estamental para o Estado representativo. Nessa conjuntura, era importante a ideia de que a limitação do poder político haveria de ser concretizada mediante a aplicação adaptada da teoria aristotélica de constituição mista. A partir disso, no final do século XVII, os ingleses impuseram várias limitações aos poderes de seus monarcas, mediante a fragmentação das funções desempenhadas pelo Estado, e isso se deu antes mesmo da Revolução Gloriosa e do *Instrument of Government*, de 16 de dezembro de 1653, que posteriormente foi utilizado como inspiração pelos Estados modernos para instituírem o modelo de distribuição de funções entre órgãos independentes e harmônicos.¹⁶

Na história inglesa, a teoria da separação de poderes foi traçada por John Locke, que, como antes dito, acreditava que os poderes do Estado não se esgotam na dicotomia Legislativo-executivo, mas que haveria a necessidade da criação de mais outros dois órgãos estatais supremos: o poder federativo, que seria o órgão detentor da manutenção de relações com a comunidade internacional, e o poder de prerrogativa, que concedia ao detentor do poder político a autoridade para atuar de forma discricionária. Muito embora para a realidade inglesa do século XVII essa teoria representasse avanço, ela não previu a necessária existência de um Judiciário autônomo tal qual previu Montesquieu, além de não ter concebido um sistema que contivesse órgãos de poder dotados de instrumentos de heterolimitação.¹⁷

A despeito da concepção da separação de poderes ter sido realmente instituída neste período, já se observava a criação de elementos essenciais de um Estado Constitucional de Direito já no século XI, com o surgimento da Magna Carta de 1215, que concedeu ao Parlamento forças para regular as leis reais, sem, contudo, deter

¹⁴ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 158.

¹⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**. Tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: VIDE Editorial, 2019; HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rurion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

¹⁶ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu: reflexões sobre a separação de poderes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 15-20.

¹⁷ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu: reflexões sobre a separação de poderes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 18-20.

função legislativa. Condição que só foi possibilitada após a Revolução Gloriosa, que assentou o princípio da supremacia política do Parlamento.¹⁸

Desde então, a partir do arquétipo da separação de poderes, com a contenção dos arbítrios do *ancien régime*, houve uma predisposição em fortalecer o Poder Legislativo, eis que, através desse poder, conseguiu-se impor limites aos poderes do monarca por meio da criação de leis. Mas Leal deixa claro que esse protagonismo não se seguiu com a mesma intensidade e ao mesmo tempo em toda a Europa, tendo se tornado característico na Inglaterra no final do século XVII e na França a partir dos últimos 25 anos do século XVIII. Na Inglaterra, já em meados do século XV, a supremacia do Legislativo já prevalecia a partir da instauração do *Rump Parliament* em 1649 e, posteriormente, em 1653, com o *Instrument of Government*. Respectivamente, o primeiro atribuía ao Parlamento à função legislativa, rompendo-se com a concepção de constituição mista a partir da adesão do novo conceito de soberania popular. O segundo confirmava esse poder através da conferência ao Parlamento do monopólio do exercício da função legislativa.¹⁹

Mas foi em 1690, sob o crivo de John Locke, que a concepção moderna de supremacia do Parlamento foi conseguida. No cerne de suas ideias, estava a concepção de que dificilmente uma igualdade hierárquica entre os poderes seria obtida, e por isso o Legislativo, representado pelo Parlamento, deveria ocupar posição de centralidade no cenário jurídico-político.²⁰ As referências de Locke se limitavam a estabelecer concisamente as atribuições de cada poder e não o sentido dos fundamentos da divisão de poderes, mas dispndia em seus tratados maior apreço ao Poder Legislativo, que para ele teria como verdadeiro limite o bem comum da sociedade.²¹ Não obstante, a hegemonia do Legislativo alcançou seu apogeu a partir de Rousseau, que defendia que nenhum outro poder poderia interferir em sua atuação, uma vez que cabia a ele a tarefa de garantia da liberdade de todos os cidadãos.²²

¹⁸ ALEXANDRE, Thiago Guedes. Formação político-institucional do Poder Judiciário e os limites democráticos para o controle de políticas públicas. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 5, p. 50775-50815, May 2021. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BRJD/article/view/30102/23703>. Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁹ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 126-128.

²⁰ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 128-129.

²¹ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 153.

²² LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 130.

Por esse enfoque, ao Poder Judiciário ainda não era dispendida autonomia, passando a crer alguns autores como Albuquerque, que neste período as funções judiciárias estavam embutidas no Poder Legislativo, já que lhe cabia também a aplicação das leis por ele criadas. Para outros, como Souza, o Poder Judiciário estaria presente nos aspectos fundacionais da sociedade política, e, mais, a função judicial estaria presente tanto no Poder Legislativo quanto no Executivo. Já para Souza Jr. e Reverbel, a omissão de Locke quanto ao Poder Judiciário se daria exclusivamente por essa função judiciária estar contida no Poder Executivo, uma vez que teria surgido do poder real.²³

Logo, ao Poder Judiciário não era atribuído qualquer condição de isonomia e imparcialidade, fato que só ocorreu mais tarde, com o surgimento do *Act of Settlement*, de 1701, que atribuiu sua independência quanto aos demais poderes.²⁴ Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1787, foram-lhe conferidas premissas para a formação do conceito de supremacia constitucional e, por conseguinte, a teoria do controle judicial de constitucionalidade das leis,²⁵ que se mantém até os dias hodiernos.

Na França, o processo de supremacia do Legislativo foi obtido mais tardiamente, somente em 1789, após a vitória dos revolucionários, mas foi de fato consolidada em 1793, após a instauração de um governo republicano.²⁶ A partir daí o governo parlamentar se firmou dominante, e isso facilitou o apogeu do Legislativo, ainda mais por considerar que na França houve um desenho figurativo do chefe de Estado, pois não cabia a ele o exercício de qualquer função de governo, sendo esta desempenhada pelo gabinete de ministros, que detinha a autoridade estatal máxima.²⁷

²³ ALEXANDRE, Thiago Guedes. Formação político-institucional do Poder Judiciário e os limites democráticos para o controle de políticas públicas. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 5, p. 50775-50815, May 2021. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BRJD/article/view/30102/23703>. Acesso em: 21 set. 2022.

²⁴ ALEXANDRE, Thiago Guedes. Formação político-institucional do Poder Judiciário e os limites democráticos para o controle de políticas públicas. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 5, p. 50775-50815, May 2021. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BRJD/article/view/30102/23703>. Acesso em: 21 set. 2022.

²⁵ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 203-223, out./dez. 2006.

²⁶ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 128.

²⁷ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 131.

Esse apequenamento do Poder Executivo se deu exclusivamente para impor as bases liberais conseguidas com a revolução e o impedimento de retorno do *ancien régime*.

Não obstante, é de se ressaltar que, na história francesa, seu contexto até a revolução, não se previam liberdades civis, com isso tiveram certa dificuldade quando da concepção de uma nova ordem institucional, tendo sido necessário buscar amparo à filosofia política para esse fim. A revolução, além disso, não conseguiu projetar quais seriam os fundamentos e finalidades da política, que orbitava até então na contradição de realizar a autonomia individual e a soberania coletiva.²⁸

Mesmo com tal ambiguidade, o fortalecimento do Legislativo foi promissor, pois, mais do que firmar os ideários revolucionários, pretendia-se solidificar um governo que possibilitasse uma convivência igual e equilibrada entre os indivíduos.²⁹ Em decorrência disso, vários escritos traçaram o empoderamento do Poder Legislativo, sem o qual não se poderia efetivar a soberania, que deveria ser sediada no povo e expressa na vontade geral da nação.³⁰

Vianna coaduna esse pensamento ao referir-se à perspectiva rousseauiana da soberania coletiva quando se fala da investidura da representação da vontade do corpo político instituída pela Constituição.

Trata-se, pois, de um Poder cuja função é concretizar o controle do poder delegado, garantindo, em última instância, a supremacia do povo soberano sobre os poderes que são exercidos em seu nome, dado que o povo somente pode exercer controle sobre seus representantes por meio de uma outra representação.³¹

Quanto à forma insculpida no Poder Judiciário nessa estrutura que se amoldou, a forma de governo parlamentarista adotada pela França, tal como a adotada na Inglaterra, compõe uma estrutura atenuada em face do Poder Legislativo – eis que suas funções foram absorvidas em grande parte pelo poder do Parlamento.³² Até o

²⁸ VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 366.

²⁹ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 157.

³⁰ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. 2. ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010. p. 157.

³¹ VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 366.

³² BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49 n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012. p. 245. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/195/ril_v49_n195_p269.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

advento do Código Civil de 1804, não houve qualquer preponderância do Poder Judiciário, nem ao menos a possibilidade de contribuição para a criação do direito. Cabia-lhe, de acordo com a exegese científica, apenas a obediência da vontade imperativa do legislador, “exercendo, pois, tanto quanto a doutrina, atividade de natureza cognoscitiva ou declaratória”.³³ Após isso, os magistrados obtiveram certa margem discricionária para julgamento em situações de obscuridade e lacuna legislativa (artigo 4º). Contudo, a intenção do legislador foi desvirtuada posteriormente à sua promulgação, uma vez que a obrigatoriedade de manifestação do magistrado naquelas situações, começou a ser entendida como uma condição do magistrado de “sempre” deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias.³⁴ Passou-se então a uma amplitude dos poderes do Poder Judiciário.

Diferentemente da Europa, a Revolução Americana consolidou bases distintas do que se demonstrou até aquele momento. Seu contexto histórico de ex-colônia inglesa suscitou desconfianças e ressentimentos quanto ao parlamentarismo que lá se amoldou. Logo, suas bases foram fixadas sob a ótica de intervenção mínima do Poder Legislativo na vida dos cidadãos. Nesse sistema privilegiou-se o Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo, criando mecanismos de fortalecimento e autodefesa para o soerguer, como o poder de veto, ao mesmo tempo que bipartiram o Legislativo em duas casas distintas (a Câmara de Representantes e o Senado) como forma de gerar equilíbrio entre os poderes.³⁵

É de se demonstrar ainda que a Revolução Americana, diferentemente da Francesa, permeou um caminho sólido na instituição de um republicanismo dos mecanismos de representação e do equilíbrio entre os Poderes. Sua intenção era a emancipação das colônias inglesas, e não a reconfiguração de um sistema existente, taxativamente injusto e politicamente arbitrário. Havia fortes argumentos contra a política do Parlamento inglês. Por consequência, seu desafio principal era a construção de um governo central sólido que mantivesse um Poder Executivo forte,

³³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

³⁵ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 33-37.

dentro de uma estrutura de governo representativo que aceita a divisão do corpo político.³⁶

Em vista disso, o texto constitucional original americano tratou fundamentalmente da estrutura de Estado, deixando posto qual a função caberia a cada um dos poderes, tal qual a fórmula de Montesquieu. Essa observação também foi apontada por Melo, ao descrever que a Constituição americana convencionou “um pacto federativo orientado para a limitação dos poderes exercidos por cada ‘departamento do governo’ e a proteção das ‘liberdades’ dos estados”.³⁷ Mais importante que isso, disse Pessanha, citando Tom Paine, quando afirmou a importância que teve a Constituição americana na formação de uma nova era constitucional, sendo ela insculpida não em um ato de governo, mas em um povo constituindo um governo.³⁸

Habermas, quando considera que a doutrina da separação de poderes se apoiou na interpretação restrita da lei, afirma que o primado da Constituição deve ser posto diante da legislação, pois “uma Constituição, que interpreta e configura o sistema de direitos, não contém senão os princípios e as condições do processo irrevogável de legislação”.³⁹ E foi isto que o texto constitucional americano impôs, um “vínculo do Legislativo com a Constituição e do Executivo com as leis”,⁴⁰ que deveria ser medido pela subordinação da Constituição Federal.

Ao Poder Judiciário garantiu-se, em primeiro momento, o poder de ultrapassar os vieses apenas declaratórios em suas decisões. O Judiciário teria, a partir de então, condições de regular suas decisões a situações concretas, além de ser o detentor do exercício do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público – contrariamente ao que ocorria na Europa. Para isso, a forma de ingresso dos integrantes desse órgão foi diferente dos demais: eles deveriam ser escolhidos pelo critério de avaliação por qualificação técnica. E por terem o condão de declarar nulidades de atos normativos opostos à Constituição e realizar a interpretação de leis,

³⁶ VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 366.

³⁷ MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 63.

³⁸ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 144.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021. p. 247.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021. p. 248.

a ele foram conferidos direitos tendentes à proteção de sua independência, como a vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos de seus integrantes.⁴¹

A partir do *Federalist 78* de Hamilton, o Poder Judiciário era conduzido a uma característica neutra em relação a influências institucionais, sendo um poder sem força e sem vontade, que teria apenas julgamento. A partir da sua natureza funcional, seria o poder que menos representaria perigo para os direitos políticos da Constituição.⁴²

Obviamente que os federalistas se inspiraram na teoria de Montesquieu, mas a remodelaram, criando “um sistema inovador de contenção do poder pelo próprio poder, que permitiu o rápido desenvolvimento de instituições jurídicas e políticas”,⁴³ além de modificar o paradigma de centralidade do Poder Legislativo tal qual imperou na Europa, em especial Inglaterra e França.

Tal fato é corroborado por Habermas, que entende que a caracterização da teoria realizada pelos norte-americanos também tem enfoque sob o ponto de vista de uma teoria do poder, considerando que a separação funcional assegura, concomitantemente, o primado da legislação democrática e a reinserção do poder administrativo no poder comunicativo. Existe uma lógica para a divisão de poderes, e a subordinação da administração às leis não pode ser confundida com um mecanismo de limitação do poder de outro tipo.⁴⁴

Habermas se apoiou na interpretação restrita da lei, e, sob esse aspecto, a lei deve sua legitimidade não ao procedimento democrático, mas à sua forma gramatical, baseando a interpretação da separação de poderes na lógica da subsunção. Para ele, a clássica separação de poderes pode ser explicada com uma diferenciação das funções do Estado:

Enquanto o Legislativo justifica e aprova programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação com essa base legal, a administração cuida da implementação de leis que não são autoexecutivas, mas que precisam ser aplicadas. A Justiça elabora o direito válido enquanto tal, a saber, sob o ponto de vista da estabilização e expectativas de comportamento, decidindo com autoridade os casos individuais o que é justo ou injusto. A execução administrativa processa o conteúdo teleológico do direito válido na medida

⁴¹ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 39-40.

⁴² THE FEDERALIST Papers: No. 78. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp. Acesso em: 23 set. 2022.

⁴³ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 40.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021. p. 245-246.

em que submete essas políticas à forma da lei e controla a realização administrativa de fins coletivos.⁴⁵

Contudo, a inovação mais promissora dos federalistas norte-americanos não foi a diferente preponderância dos poderes constituídos sob a ótica da separação de poderes montesquiana, mas sim da institucionalização de mecanismos de *checks and balances* viabilizadas pela criação de um tribunal superior independente quanto à representação política.⁴⁶ Além disso, o fato de ter sido consolidado sobre as bases da *common law*, “por ser baseado sobretudo em precedentes jurisprudenciais (*stare decisis*), deu maior possibilidade para o surgimento do controle de constitucionalidade”.⁴⁷ Diante disso, a verificação de adequação dos atos públicos passou a ser atributo da esfera jurídica, e não da esfera política como antes ocorria.⁴⁸

Salutar ainda observar que o princípio do *stare decisis* serviu de arcabouço para a criação jurisprudencial do direito na história constitucional americana.⁴⁹ Com isso, o entendimento que se dava ao *Federalist 78* de Hamilton quanto às características do Judiciário é remodelado, pois, com o seu sistema de precedentes e mecanismos independentes de aplicação das leis, conseguiu-se capacidade para exercer importante influência sobre o funcionamento da nação.⁵⁰

Esse entendimento foi significativamente importante no precedente que se firmou em *Marbury v. Madison*, de 1803, em que a Corte “fixou interpretação de que a legislação ordinária se encontra subordinada à Constituição, caso contrário não se justificaria a existência de uma Constituição escrita”.⁵¹

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021. p. 243.

⁴⁶ VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 364-365.

⁴⁷ BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49 n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012. p. 245. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/195/ril_v49_n195_p269.pdf. Acesso em: 22 set. 2022. p. 246.

⁴⁸ BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49 n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012. p. 245. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/195/ril_v49_n195_p269.pdf. Acesso em: 22 set. 2022. p. 246.

⁴⁹ MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 64.

⁵⁰ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 59-60.

⁵¹ MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 67.

Cappelletti, citado por Melo, já dizia que a afirmação da Constituição como lei superior, a prevalecer quando em contraste com a lei ordinária, e do princípio do *stare decisis*, resultou em um sistema difuso e incidental de controle judicial da constitucionalidade das leis.⁵² Portanto, “o juiz norte-americano, ao apreciar um caso concreto, pode declarar a inconstitucionalidade da lei, subordinando sua decisão às cláusulas constitucionais”.⁵³

Melo ainda afigura que, na “linha que se firmou o precedente acima referenciado, o *judicial review* transformar-se-ia em um caso especial de produção da lei, restringindo drasticamente o poder de interpretação constitucional da Suprema Corte”.⁵⁴ Isso não significa que aos outros Poderes não haveria igualdade de condições com o Judiciário, pois a eles também estaria conferida a interpretação autônoma da Constituição, “conforme uma leitura ‘departamentalista’ do princípio da separação de Poderes”.⁵⁵

Não obstante, o apego à literalidade da lei e à intenção original do legislador que foi preponderante até a década de 1930, tornou-se mais prolixo a partir dos anos 1950, quando houve um desapego da perspectiva originalista na aplicação do *judicial review*.⁵⁶ Essa modificação se coaduna com os dizeres de Ely, quando adverte que há muito “a Suprema Corte, para dar conteúdo às disposições abertas da Constituição, deve identificar e impor aos poderes políticos os valores que são, de acordo com uma ou outra fórmula, realmente importantes ou fundamentais”.⁵⁷ Isso abriu brechas ao interpretacionismo legal, que se tornou característico do Judiciário norte-americano, abrindo as bases para o ativismo que se fortaleceu em grande monta a partir da Corte de Warren.

⁵² MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 68.

⁵³ MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 68.

⁵⁴ MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 69.

⁵⁵ MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 69.

⁵⁶ MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 65-66.

⁵⁷ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020. p. 57.

O que é importante ter em voga é que as ideias de Montesquieu, mesmo que modificadas para se enquadrarem aos novos contextos sociais, foram preservadas na formação das instituições políticas de todos os Estados que adotaram o sistema presidencialista de governo. Contudo, em países como os da América Latina, que a partir do século XIX desenvolveram um sistema presidencialista destoante do que se viu nos Estados Unidos e Europa, apregoava-se um poder irrestrito do chefe do Executivo em demérito ao que foi insculpido por Montesquieu.

A primeira Constituição brasileira que fez menção à teoria da tripartição de poderes montesquiana foi a de 1891, mas foi uma previsão de aparências, pois de fato não houve qualquer intenção de deixar os poderes autônomos, porquanto até esse momento, a preponderância era do Poder Executivo, que impunha aos demais as suas pretensões. Leal deixa límpido que esse desinteresse em efetivar a autonomia dos Poderes Legislativo e Judiciário se deu em razão da raiz colonizatória brasileira, que incentivou relações marcadas pelo patrimonialismo e pelo nepotismo, oriundo de uma inexistência de regras de contenção do Executivo. E mais: aliada à inexistência de instrumentos de participação popular nos assuntos do Estado.⁵⁸

Pessanha prescreve sobre a Constituição de 1891 que o Poder Executivo, representado pelo presidente da República, detinha ativamente a produção legal, “apesar de o texto constitucional não fazer qualquer alusão à delegação legislativa, o Executivo usou-a, sem qualquer tipo de controle, sob a forma de regulamentação”.⁵⁹

A Constituição seguinte, de 1934, foi um pouco além. Ela inovou na formatação dada aos Três Poderes, ao deixar expresso em seu texto a existência de uma atuação independente e coordenada entre eles, criando um impeditivo para a delegação tal qual ocorria. Mas Pessanha⁶⁰ assegura que essa previsão não se tratava mais do que palavras, pois essa prática não foi extinta e o Poder Executivo continuava dominante.

Com o surgimento do Estado Novo, uma nova constituição foi publicada, a de 1937, e com ela houve um período ditatorial que iria perdurar até 1945. Durante esse período, o poder se manteve nas mãos do chefe do Executivo, que esmiuçou o

⁵⁸ LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu: reflexões sobre a separação de poderes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 134.

⁵⁹ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 159.

⁶⁰ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 161.

Legislativo a ponto de fechá-lo, incluindo em seu poder “o monopólio da formulação de políticas públicas e uma variedade de uso de delegações e decretos”.⁶¹

Finda a ditadura do Estado Novo, retornou-se à preocupação de se estatuir a separação de poderes no Brasil, prevendo a independência e a harmonia entre eles. Assim, promulgou-se a Constituição de 1946, que tornou possível “com pequenas nuances, um ciclo no qual a fórmula ‘são poderes da União, independentes e harmônicos: o legislativo, o executivo e o judiciário’ vem sendo repetida até os dias atuais”.⁶² Reafirmou-se nessa oportunidade a separação de funções e vedou-se a delegação legislativa em seu texto.⁶³

Sem embargo dessa proibição, o texto constitucional manteve ao chefe do Executivo o poder para sancionar, promulgar e fazer publicar leis e expedir decretos e regulamentos. Concedendo esses meios, trilhou um caminho para que o Executivo, uma vez mais, influísse de forma inadequada na elaboração de normas, comprovando que várias das autorizações concedidas pelo Legislativo ao Executivo, para a complementação de leis, tratavam-se de uma delegação disfarçada.⁶⁴ Apesar desses acontecimentos, Pessanha garante que a Constituição de 1946 foi parlamentar por excelência. Apesar do uso indevido do poder regulamentar pelo Executivo, durante a sua vigência foi aprovado o maior número de leis de iniciativa do Poder Legislativo”.⁶⁵

Esse interregno parlamentarista logo foi travado com o golpe de 1964, modificando drasticamente o cenário Legislativo “mediante atos institucionais e complementares, emendas constitucionais à Constituição de 1946, além das Constituições de 1967 e 1969”,⁶⁶ que se firmaram com o fortalecimento do Executivo.

⁶¹ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 162.

⁶² LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 82.

⁶³ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 163.

⁶⁴ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 164.

⁶⁵ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 166.

⁶⁶ PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 166-167.

Até a Constituição atual de 1988, houve nítido predomínio do Executivo, que, a partir de então, mesmo que não fosse a intenção, pavimentou um fortalecimento desmedido do Poder Judiciário diante de tantos direitos sociais expostos pela lei maior.

A nova Constituição foi elaborada seguindo-se uma premissa básica: o impedimento ao retorno ao autoritarismo de seu passado. Com essa premissa, foi outorgada, pela primeira vez na história brasileira, uma Constituição que “definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais”.⁶⁷ Por decorrência, o princípio da separação de poderes foi elevado a princípio fundamental do Estado Democrático brasileiro, sendo inserido no bojo das cláusulas pétreas.

Nessa toada, mais que efetivar direitos, trouxe uma dimensão objetiva do sistema de direitos constitucionais ao reconhecer que a vontade geral deve ser concebida pelos representantes voluntariamente eleitos, significando “uma intensa participação popular, renovando, agora em chave democrática, a tradição brasileira de conceber o direito como sua principal referência ético-pedagógica”.⁶⁸ Porém, a efetividade normativa da Constituição, nos termos que se assentou, passa a “depende da operosidade das instituições encarregadas do seu cumprimento”,⁶⁹ e essa condição acaba por pavimentar a ascendência do Poder Judiciário, já que ele detém a qualidade de último intérprete da Constituição em vista do sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade que se firmou.⁷⁰ Ante o exposto, é possível identificar que o Poder Judiciário, antes timidamente ativo, passa a desempenhar um papel de destaque a partir da propriedade que lhe foi concedida pela Constituição Federal atual.

⁶⁷ CITADDINNO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 26.

⁶⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Resolução processual do direito e democracia progressiva. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 386-387.

⁶⁹ CITADDINNO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 34.

⁷⁰ CITADDINNO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 34.

3 O DESENVOLVIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com os apontamentos realizados no capítulo anterior, é possível notar que houve na história uma oscilação de preponderância entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O predomínio de cada qual foi refletido no contexto histórico da nação que teve instituída essa forma de separação de poderes. Porém, algo similar ocorreu no período pós-guerra, que foi a importância que se deu à constitucionalização de direitos fundamentais.

Assim, esse novo cenário prescreveu uma proteção ampla dos direitos sociais, o que suplantou as competências dos poderes constituídos, gerando uma judicialização de assuntos que antes não eram deprecados ao Poder Judiciário, que passa, a partir disso, a desempenhar força política. Essa força política se desenvolve através de alguns fatores, e uma de suas consequências é o surgimento de um ativismo judicial premente, que acaba por tocar a esfera de atuação dos poderes instituídos, Legislativo e Executivo, em flagrante desvio constitucional. É sobre isso que passa-se a discorrer.

3.1 Judicialização da política como causa do surgimento do ativismo

Para se compreender o surgimento e o desenvolvimento do ativismo, faz-se necessário ponderar o processo que o originou – e a judicialização da política é crucial para essa observação. A judicialização da política começou a ser desenvolvida logo após a Segunda Guerra Mundial, firmando-se em muitos países democráticos; sobretudo, em governos que adotaram o modelo de separação de poderes montesquiana.⁷¹ Suas causas são diferidas de país para país; entretanto, é possível visualizá-la por alguns enfoques. O primeiro seria a utilização da judicialização da política como um refreio aos regimes totalitários que tiveram sua ascensão na década de 1930. Posteriormente, foi observada em questões de fundo econômico da vida política no período de reconstrução do pós-guerra. Por terceiro, visualiza-se o seu fortalecimento com o surgimento das teorias políticas e jurídicas baseadas em direitos. E, com expressão, têm-se como quarta causa os aspectos comparativos e

⁷¹ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go Marching. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 19.

internacionais que se firmaram no período pós-guerra, que conduziu os Estados Unidos a uma potência democrática de inspiração para outros países, dando-se em grande medida pelo poder que se abrolhou ao Judiciário na condução do *judicial review*.⁷²

Esse quarto fator confirma o que Torbjorn Vallinder considerou acerca do perfil mais contundente da judicialização da política, que é a “expansão global do perfil judiciário”.⁷³

Quando falamos da expansão global do poder judiciário, referimo-nos à infusão da tomada de decisão judicial e de procedimentos semelhantes aos tribunais em arenas políticas onde antes não aconteciam residir. Em poucas palavras, referimo-nos à “judicialização” da política.⁷⁴

A judicialização, sob esse enfoque, transplanta a atuação do Judiciário para vias que não eram de sua competência, significando a transformação de assuntos políticos em uma forma de processo judicial.⁷⁵ Esse fenômeno é a modificação do poder de neutralidade que se esperava do Poder Judiciário quando da modificação de sua proeminência após o século XVIII. Alexander Hamilton, Benjamim Constant, Alexis de Tocqueville, entre outros pensadores da época, não previram que o Poder Judiciário confluiria para desvirtuamentos constitucionais, como passou a ocorrer através da judicialização da política. Essa prática veio a se tornar ávida em países democráticos que aderiram a uma estrutura de governo pautada na separação de poderes montesquiana. Isso porque a tarefa ínsita dos juízes, que é interpretar as leis,

⁷² VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go Marching. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 19-22.

⁷³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 5, tradução nossa: “Another, less dramatic instance of the expansion of judicial power.”

⁷⁴ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go Marching. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 13, tradução nossa: “When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside. To put it briefly, we refer to the ‘judicialization’ of politics.”

⁷⁵ VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go Marching. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 13

muitas das vezes se mistura com a tarefa de fazer as leis.⁷⁶ Essa dificuldade na interpretação acaba servindo de simulacro para a judicialização da política.

O status de coigualdade e autonomia pessoal e institucional para os juízes dificilmente exigem que eles substituam o seu próprio julgamento político por aquele de outros, ou até mesmo para colocar seus próprios julgamentos de políticas em prática quando outros, falharam “adequadamente” em resolver um problema de política.⁷⁷

Logo, um sistema baseado na separação de poderes pode facilitar uma judicialização da política, mas há fatores mais ávidos que confluem para o seu fortalecimento, como a existência de uma política de direitos, respaldada em uma declaração constitucional de direitos.⁷⁸ Esse fator é observado em vários países, mas nos Estados Unidos ganhou mais expressão quando a questão moral da escravidão foi transportada para os tribunais, passando a ser tratada como questão constitucional,⁷⁹ pavimentando a prática da judicialização, que foi mais frequente entre as décadas de 1880 e 1930, geralmente afirmando a autoridade da Suprema Corte “para derrubar a legislação econômica que violava princípios econômicos sólidos ou se entrincheiravam nas fronteiras estaduais-nacionais apropriadas do federalismo”.⁸⁰

Posteriormente, após o famigerado período de crise financeira da década de 1930, a judicialização da política foi reconduzida para assuntos de proteção dos direitos humanos. Essa recondução se deu com maior visibilidade durante a Corte de Warren, momento da história americana em que diversos assuntos segregacionistas

⁷⁶ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 29.

⁷⁷ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. tradução nossa: “[...] coequal status and personal and institutional autonomy for judges hardly *require* them to substitute their own policy judgment for that of others, or even to put their own policy judgments into place when others have failed ‘adequately’ to address a policy issue.”

⁷⁸ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 29.

⁷⁹ SHAPIRO, Martin. The United States. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 45.

⁸⁰ SHAPIRO, Martin. The United States. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 46, tradução nossa: “[...] to strike down economic legislation that violated sound economic principles or trespassed upon the proper state-national boundaries of federalism.”

e penais foram enfrentados pela Suprema Corte em lugar dos Poderes Legislativo e Executivo, que retardavam uma solução.⁸¹

Nesse período, a condução da Suprema Corte americana estava à cargo do *Chief Justice* Earl Warren, que, a partir de *Brown v. Board of Education*, redimensionou a condução dos julgados ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, aplicando-os para além do caso em disputa, pautando-se em um pragmatismo que via no direito “um instrumento para se alcançar o resultado correto”,⁸² mesmo que em arredio às instituições majoritárias.⁸³ O Poder Judiciário foi, diante disso, erigido a ente político no cenário federalista americano, possuindo nessa orientação a capacidade de “fundar seus acórdãos sobre a Constituição, mais do que sobre as leis”.⁸⁴ Desenvolvendo uma nova dimensão judicial a partir de sua força política que agregou no ordenamento legal o pragmatismo dogmático de seus membros, para fazer valer uma lei ou para diminuir a sua força de aplicação, podendo-se pautar, sobretudo, em seu poder revisional, constitucionalmente assegurado, para impor sua compreensão.⁸⁵

Tate, Vallinder, Grostein, e a doutrina majoritária, compreendem que essa pavimentação originada no direito norte-americano se deve às “origens da formação da federação americana”⁸⁶ e em como foram absorvidas as competências do Poder Judiciário a partir do *judicial review*. Posteriormente, isso foi difundido para as democracias ocidentais de direito consuetudinário⁸⁷ – pela similitude com o direito norte-americano, alastrando-se, em seguida, para as demais democracias.

Diante disso, é possível aferir que o poder político do Judiciário foi ladrilhado a partir de uma forma de governo que lhe deu condições de soerguimento, mas foi além, ganhando espaço de atuação com base em fatores como: 1) a insatisfação quanto à

⁸¹ SHAPIRO, Martin. The United States. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 47.

⁸² BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; CABRAL, Ana Luiza Novais. A Súmula Vinculante como um instituto voluntarista. **Prisma Jurídico**, v. 20, n. 2, p. 256-274, 2021. p. 323.

⁸³ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; CABRAL, Ana Luiza Novais. A Súmula Vinculante como um instituto voluntarista. **Prisma Jurídico**, v. 20, n. 2, p. 256-274, 2021. p. 322-323.

⁸⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**. Tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: VIDE Editorial, 2019. p. 121.

⁸⁵ TOCQUEVILLE, Alexis. **Da democracia na América**. Tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: VIDE Editorial, 2019. p. 123-124.

⁸⁶ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 81.

⁸⁷ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the Future of Politics and Policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 516.

atuação das instituições majoritárias em não regular, ou regular inadequadamente, os vários direitos constitucionalizados; 2) quando as próprias instituições majoritárias delegam aos tribunais o seu dever de apreciar decisão de causas consideradas difíceis, pelo simples fato de não quererem enfrentá-la por medo das repercussões que essa decisão empreenderá; ou 3) quando grupos de interesses se utilizam dos tribunais como forma de atravancar decisões do governo de oposição, gerando, por consequência, o deslocamento de disputas legislativas para os tribunais.⁸⁸ Concernente a esses fatores, Shapiro conclui que

o processo judicial é desenvolvido como uma alternativa aos processos políticos mais explícitos de política eleitoral partidária e lobby de grupos de interesse. Um tribunal não eleito, “independente” e “neutro” intervém para corrigir uma “falha” ou “patologia” do processo democrático.⁸⁹

Além dos fatores demonstrados, o caminho trilhado para o agigantamento do Judiciário se assentou na constitucionalização de direitos. Isso porque os países democráticos mundo afora, após a Segunda Grande Guerra, objetivaram a criação de normas constitucionais aptas a efetivar direitos sociais, que foram prescritos por Alexy como “os direitos que são gravados intencionalmente em uma constituição, com a intenção de transformar os direitos humanos em direito positivo”.⁹⁰ Por conseguinte, houve um afloramento de uma jurisprudência constitucional tão premente, que pavimentou a prática ora analisada.

Habermas, ao creditar à jurisprudência constitucional a posição privilegiada que o juiz passou a ter, entendeu que essa foi em razão do forte papel que a jurisprudência ocupa no sistema jurídico em sentido estrito, uma vez que a práxis decisória de criação do direito desempenhada pelos tribunais é também considerada a função central da legislação política.⁹¹

⁸⁸ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 30-32.

⁸⁹ SHAPIRO, Martin. The United States. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 47, tradução nossa: “The judicial process is developed as an alternative to the more explicitly political processes of partisan electoral politics and interest-group lobbying. A nonelected, ‘independent’ and ‘neura’ court steps in to correct a ‘failure’ or ‘pathology’ of the democratic process.”

⁹⁰ ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 168.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rurion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2021. p. 255 256.

Em vista disso, é possível notar que o Judiciário passou a se valer de um canal de efetivação de direitos sociais, especialmente quando em questão está o controle abstrato de normas. Substituindo, pois, a atuação do Poder Legislativo e, por vezes, do Executivo, em nítida desconformidade constitucional.

Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à “correlação” pelo processo legislativo ordinário. Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam.⁹²

Tornam-se os tribunais os principais agentes definidores da política, o que determina a expansão do poder judicial,⁹³ surgindo, como consequência, uma das facetas mais preocupantes da judicialização da política para a democracia: o ativismo judicial. Mesmo que para alguns estudiosos do tema a judicialização da política seja sinonímia para ativismo,⁹⁴ o presente trabalho leva em consideração o pensamento de doutrinadores como C. Neal Tate, Torbjorn Vallinder, Elival da Silva Ramos, Julio Grostein, Lenio Luiz Streck, entre outros, que percebem o ativismo como consequência da judicialização.

3.2 Ativismo judicial

Como demonstrado, o papel do Poder Judiciário foi remodelado conforme os federalistas norte-americanos, que optaram por fortalecê-lo para criar mecanismos de defesa quanto aos arbítrios dos Poderes Legislativo e Executivo. Deixando-o fortalecido, foi viabilizada sua característica ativista, que, mesmo ganhando maior notoriedade a partir da era de Warren, já era presente na doutrina americana em 1803, quando, em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte definiu sua competência para atuar além dos comandos constitucionais:

⁹² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

⁹³ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 30.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição e ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 276-279.

A decisão proferida pela Suprema Corte em 1803 no caso *Marbury v. Madison* é apontada por alguns autores como o primeiro caso de ativismo. A Suprema Corte definiu sua competência para apreciar a constitucionalidade de normas, sem que houvesse previsão neste sentido no texto da Constituição. O pronunciamento da Suprema Corte, por outro lado, redefiniu o relacionamento do Poder Judiciário com o Executivo e o Legislativo, que naquele momento eram controlados pelo recém-criado Partido Republicano, legando-se ao Poder Judiciário o papel de defesa das minorias.⁹⁵

A característica ativista da Corte americana foi evidenciada em vários momentos, desde 1803, havendo oscilações entre conduções mais ou menos ativistas. Por mais ativistas, percebeu-se o período acima referenciado, retomando-se de forma mais sistemática na Era Lochner – momento em que foi introduzida a sistematização do conceito do *substantive due process*⁹⁶ em *Lochner v. New York* –, e, posteriormente, na Era Warren, retomou-se a postura mais incisiva em exercer funções atípicas tendentes aos outros poderes. Essa oscilação não deriva do reducionismo de certos autores em caracterizar o ativismo como a prática dos tribunais desenvolvida em tempos específicos, significando a atuação frente ao âmbito decisório dos outros poderes.⁹⁷

O ativismo pode ser, então, definido como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas e controvérsias jurídicas de natureza objetiva”.⁹⁸ Essa desnaturação ocorre, com maior acuidade, em detrimento do Poder Legislativo, que é diminuído em suas atribuições por dois ângulos: ou o Judiciário ataca sua atuação em controle de

⁹⁵ BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2014. p. 305.

⁹⁶ Baracho Jr. ensina que “A doutrina do devido processo substantivo, que inicialmente prevaleceu na Suprema Corte até 1937, quando houve a decisão em *West Coast Hotel v. Parrish*, esteve voltada para a proteção dos direitos fundamentais à propriedade e a liberdade, especialmente a liberdade de iniciativa e de contrato, contra a ação dos governos estaduais. [...] Houve, portanto, neste contexto, uma intervenção da Suprema Corte no direito legislado pelos Estados, em nome da proteção de direitos como propriedade e liberdade, até que o período da grande depressão levou Roosevelt a grandes embates com a Suprema Corte. Como resultado desses embates, a Suprema Corte superou a doutrina do devido processo substantivo [...]” (BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003. p. 321).

⁹⁷ BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2014.

⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

constitucionalidade ou por inovação jurisprudencial.⁹⁹ Nos dois aspectos, há confrontação à separação de poderes.

Tate e Vallinder descrevem o ativismo como a expansão do Poder Judiciário para além de seu campo usual de atribuição. Ao interferirem na elaboração das políticas públicas, adentram a esfera das instituições majoritárias, induzindo as preferências de política judicial e as orientações de ativismo, que “irão interagir com as orientações políticas de instituições majoritárias para produzir judicialização em algumas circunstâncias específicas”.¹⁰⁰

Baracho Jr., a partir de uma análise histórica do ativismo americano, completa que “o conceito de ativismo judicial registra o traço de determinadas decisões proferidas pela Suprema Corte, mormente quando estas decisões recaem sobre questões moral ou politicamente controvertidas”.¹⁰¹ Diz mais: para melhor compreensibilidade do conceito, é necessário distinguir o decisionismo do ativismo, isso porque o ativismo, muitas vezes, pode confluir para uma prática decisionista, mas, diferentemente dessa,

uma decisão ou um conjunto de decisões judiciais que possam ser consideradas como ativistas não sofrem, necessariamente, de um déficit quanto à sua justificação racional. Vale dizer, o principal fundamento de uma decisão ativista não é necessariamente a força simbólica da autoridade que a proferiu ou a efetividade da ação que dela advém.¹⁰²

Portanto, a questão ativista se desenvolve a partir do deslocamento das “questões moral ou politicamente controvertidas” para o debate jurídico, não significando a inexistência da “racionalidade de suas justificativas”, mas a intromissão na esfera de atuação dos poderes majoritários. Esse cenário é prejudicial especialmente em matérias afetas ao princípio democrático que devem ser “debatidas e deprecadas em instâncias pluralistas, particularmente o Poder Legislativo, bem

⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132.

¹⁰⁰ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995. p. 34, tradução nossa: “[...] will interact with the policy orientations of majoritarian institutions to produce judicialization under some specific circumstances [...]”

¹⁰¹ BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D’Placido Editora, 2014. p. 308.

¹⁰² BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D’Placido Editora, 2014. p. 309.

como que sejam respeitadas a diversidade de culturas e valores de diferentes quadros, quando estamos em federações sólidas”.¹⁰³

Grostein, diferentemente, parte de uma análise doutrinária para chegar ao conceito de ativismo. Assim, para tanto, baseia-se na doutrina norte-americana – mais subsistente – e na doutrina nacional para configurar essa ideia. Propõe, diante desse estudo, uma abordagem conceitual, apresentando duas características que tocam as duas culturas, que são o mecanismo de *result-oriented judging* e o ativismo como criação judicial do direito¹⁰⁴ – o que se relaciona com o entendimento de Ramos.

Partindo-se dessa compreensão, nos dois aspectos verifica-se a intenção político-ideológica do magistrado. Mas, em relação à concepção *result-oriented judging*, o dever de imparcialidade condizente aos membros do Poder Judiciário é perdido – e essa desvirtuação configura o ativismo.

É importante perceber que o dever de imparcialidade dos juízes, muitas vezes – senão em todas elas –, tem sido relativizado em implicação ao entendimento errôneo que tem se dado ao princípio de discricionariedade judicial. Decisões judiciais pautadas no poder discricionário não significa tomada de decisões teleológicas. Por certo, cabe ao juiz “decidir por princípios e segundo o direito”,¹⁰⁵ e não por uma opinião pessoal, moral ou algo similar. Essa distorção tem servido de artil para a prática ativista das Cortes.

Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análise sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto, não podem vir a corrigi-lo.¹⁰⁶

Nesse enquadramento, intencionalmente ou não, o conceito de discricionariedade judicial é confundido com a discricionariedade legislativa, que é quantitativamente maior, eis que seu limitador é apenas à letra constitucional. Já na discricionariedade judicial, seu limitador é todo o ordenamento jurídico. Decerto, na

¹⁰³ BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D’Placido Editora, 2014. p. 310.

¹⁰⁴ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 56.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: *Juge n’est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 42.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: *Juge n’est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 42.

conformação da norma ao caso concreto, o juiz poderá se valer do sentido que ela lhe apraze, mas nunca em seu arredo, porquanto sua atuação está pautada essencialmente na lei. Haverá maior liberdade interpretativa em casos que envolvam lacunas legais, mas, mesmo nesses casos, deverá ser observada uma gradação em sua integração, o que não conflui para o seu desprezo.

É notório que a aplicação da lei não se esgota na subsunção tal qual previa Kelsen, exigindo uma valoração do aplicador – essa é a conclusão que faz Larenz, que é corroborado por Müller, Alexy, Kriele, Engisch,¹⁰⁷ mas essa valoração deve observar os princípios limitadores que regem a discricionariedade judicial.

Ao juiz “não é dado optar por diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade, ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais”,¹⁰⁸ baseia-se, assim, em uma “discricionariedade de juízo”,¹⁰⁹ e não em uma opção pessoal. Ao se abdicar dos limites de aplicação da norma, abandona-se a discricionariedade pautada no “plano da compreensão do significado dos dispositivos legais”,¹¹⁰ para fazer uso de posicionamentos pessoais e políticos. Esse conflito se mostra mais contundente em relação ao controle abstrato de normas, uma vez que esse pertence, de forma inquestionável, às funções legislativas.¹¹¹

Quando o juiz ultrapassa os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ele intencionalmente rejeita a decisão dos poderes políticos sob um fundamento que não pode ser modificado pelo processo legislativo ordinário.¹¹² Em se fazendo isso, ele rompe com os princípios democráticos e, em primazia, com a separação de poderes.

Trata-se de prerrogativa com clara natureza política, “que cobre todo o campo político, desde o processo eleitoral em que se selecionam os representantes

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

¹⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

¹¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rurion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

¹¹² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 64.

do povo – os governantes – até o exercício do Poder que se expressa tanto nas leis como nos atos de administração”.¹¹³

Bem assim, ele passa a agir como criador do direito, o que coaduna com a segunda característica do ativismo citada por Grostein – que, de modo semelhante, foi entendida por outros juristas como Ramos, Cappelletti etc. Mas aqui impende uma diferenciação de atuação do Judiciário em relação ao sistema jurídico adotado pelos Estados. Em países de origem do sistema da *common law*, esse fator de criação do direito nem sempre será compreendido como uma conduta ativista, uma vez possuir a jurisprudência um valor central no ordenamento jurídico, que irá conduzir a decisão judicial à formação de precedentes, que, por sua vez, obrigará todos os órgãos judiciários e a sociedade. Fato é que esse sistema muito aproxima a “atuação do juiz e a do legislador no que tange a produção de normas jurídicas”,¹¹⁴ sem que para isso o ativismo seja flagrante.

A capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras (e não apenas nos limites do caso a decidir, em desdobramento de textos legais ou judiciais previamente estipulados) conferida aos tribunais ingleses e estadunidenses se soma à possibilidade, que detém, de dar ensejo ao exercício dessa função normativa, mediante a revogação de precedentes que, em tese, constituiriam um parâmetro a ser observado.¹¹⁵

O que foi verificado, por exemplo, na retomada do precedente formado em *Roe v. Wade* através de *Casey v. Pennsylvania*, “quando a Suprema Corte acabou revendo diversas questões relativas ao aborto”, limitando o alcance daquele.¹¹⁶ Desse modo, as leis passam a ser “integradas no direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciais”,¹¹⁷ verificando-se aí o fator de criação da lei por ato judicial – o que, para autores como Ramos, não derrocava obrigatoriamente no ativismo, não tendo correlação com uma específica prática de jurisdição.¹¹⁸ Mas,

¹¹³ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 60.

¹¹⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 109.

¹¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 110.

¹¹⁶ BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003. p. 327.

¹¹⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 347, 402.

¹¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

diferentemente, para autores como Grostein e Scalia, mesmo no sistema da *commow law*, a forma de criação de precedente como uma “criação positiva da política”¹¹⁹ é sim fonte de ascensão do ativismo judicial, visto que, na contemporaneidade, todo direito novo é legislado e não instituído pelos tribunais.¹²⁰

Essa configuração não ativista se explicaria de acordo com análise, principalmente, do direito norte-americano, que via nos tribunais uma forma de regular determinado direito não elaborado por lei. Foi tradicionalmente concebida para orientar o ramo do direito privado quando da inexistência de leis para a solução de controvérsias – o que suscitava a formação de precedentes. No entanto, em uma nova realidade, em que as leis se tornaram o instrumento de inovação, essa prática confluí-se-ia para o campo das políticas judicializantes.¹²¹ Por conseguinte,

[...] a *commow law*, tal qual se desenvolveu nos Estados Unidos, não deu poderes normativos absolutos a juízes e tribunais, especialmente no direito público. É nesse contexto de indevida invasão do Poder Judiciário na seara legislativa que se atribui à criação judicial do direito o rótulo de ativista também pelos analistas norte-americanos.¹²²

Já nos países em que se adotou o sistema da *civil law*, a posição da jurisprudência foi diferentemente concebida. Ela foi restringida aos contornos legais estabelecidos pelo legislador, dado que a ele incumbe a elaboração desses quadros.¹²³ A jurisprudência logicamente tem um papel de importância nesse sistema, mas não detém o dever de criação do direito como visto nos países da família do direito anglo-saxônico.¹²⁴ Do mesmo modo, não existe uma cultura jurídica permeada em precedentes. As decisões judiciais não têm o condão de alterar a lei, apesar de possuírem um procedimento que lhe concedem a integração de lacunas legais. Por decorrência, a caracterização do que seja uma prática ativista do Poder Judiciário é mais cristalina.

¹¹⁹ CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, p. 236-247, Dec.-Jan., 1983. p. 245.

¹²⁰ Scalia 12 GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 66.

¹²¹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 66.

¹²² GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 66.

¹²³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 120.

¹²⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 150-151.

Não haver cultura de precedentes judiciais não significa que a função criadora do direito não tenha sido desenvolvida; pelo contrário, é crescente nos últimos anos essa característica. Como já considerado, é patente a força do juiz na imposição de suas convicções no ordenamento jurídico, para o bem ou para o mal. Isto é, mesmo que a jurisprudência não tenha o condão de alterar a letra da lei, ela pode confluir para o seu enfraquecimento através do poder político que o Judiciário exerce.

Resta ainda a posição da jurisprudência em face da criação de normas legais mais abstratas – opção do legislador para a conformação da lei a casos futuros – que acaba direcionando a aplicação da norma a uma interpretação dedutiva do juiz, que, usando para mais a discricionariedade judicial, poderá despontar na criação de uma política de direitos.

Assim sendo, o conteúdo da decisão “não precisa resultar do teor literal, mas deve ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma não apenas interpretado gramaticalmente, mas integralmente concretizado no precedente processo decisório.”¹²⁵

Assentada nesses termos, a interpretação do juiz, mesmo que pautado por elementos dedutivos, deve utilizar atributos racionais que possibilitem a integração da norma. É o que Karl Larenz assegura:

o juiz que interpreta uma lei afirma implicitamente que ela corretamente, deve interpretar-se assim em todos os seus casos futuros, e não doutro modo. A actividade interpretativa do juiz está, tal como a da ciência, subordinada à exigência da correcção dos seus resultados, correcção no sentido de razão suficiente do conhecimento.¹²⁶

Certo é que, para uma racionalidade jurídica que seja apta a gerar segurança jurídica e correção normativa, o modelo processual da interpretação deve estar aliado a análises empíricas para a validade das decisões jurídicas, uma vez que há determinantes extrajurídicos.¹²⁷ E mais: a primeira e principal exigência que se faz à interpretação da norma é que ela seja “compatível com a amplitude de sentidos

¹²⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 172.

¹²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2 ed. alemã. trad. José de Souza Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 173.

¹²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rurion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2021. p. 259-260.

projetada pelo texto da norma”.¹²⁸ Exige-se uma atuação interpretativa versada nos pressupostos das funções racionalizadoras, estabilizadoras e limitadoras do poder da Constituição.¹²⁹

Assim, qualquer conduta destoante dos limites legais enquadra-se no ativismo judicial, que, apesar de ser visualizada por juízes de todas as instâncias, é prática expressiva dos tribunais superiores. E no caso brasileiro não é diferente. De uma forma ou de outra, seja em qualquer país em que ele se desenvolva, a consequência do ativismo judicial será sempre uma ruptura do sistema de separação de poderes. Suas implicações e intensidades é que serão diferidas de acordo com a realidade política do lugar em que se manifesta.

3.3 O ativismo brasileiro

A característica ativista do judiciário brasileiro, apesar do que é tratado pela doutrina majoritária, não foi precisamente obtida após a Constituição de 1988, mesmo que antes se utilizasse denominação diversa. Grostein, a partir de uma busca histórica, delinea que ela já existia no cenário brasileiro desde os tempos da República Velha, entre os anos de 1909 e 1926. Nesse momento, o STF, sob a égide da Constituição de 1891, havia empreendido a aplicação do instituto do *habeas corpus* de forma ampliativa ao texto constitucional vigente. O instituto mencionado não vinculava o *habeas corpus* à proteção da liberdade de locomoção; por isso, a Corte Federal, por seu critério, realizou uma interpretação integrativa do texto constitucional para incluir no rol do instituto a liberdade de locomoção. Após isso, ela ressurgiu influente a partir do período da redemocratização brasileira iniciada em 1985, principalmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988,¹³⁰ que estatuiu um sistema político democrático que segue o padrão do *welfare state*, que a tudo provê e que em tudo intervém. Correspondendo ao próprio modelo de Estado-providência, tal qual reverberado por Ramos, que “constitui força impulsionadora do ativismo judicial,

¹²⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171.

¹²⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991. p. 69.

¹³⁰ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 152-156.

levando juízes e tribunais a revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe.¹³¹

Para Baracho Jr., essa característica da Constituição Federal atual advém “de um constitucionalismo característico dos países ibero-americanos a partir da década de 70”, sendo

uma Constituição de subjugação da autocracia e de deflagração da democracia, uma Constituição voltada para a superação de desigualdades sociais e regionais sedimentadas ao longo de séculos, e ainda uma Constituição que busca redefinir o papel do Estado no cenário internacional.¹³²

Por esse motivo, o ativismo judicial brasileiro se atrelou em muito às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreenderam:

A supremacia hierárquica das normas constitucionais; o caráter monogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados da maior parte das normas formalmente constitucionais; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com a atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição.¹³³

Percebe-se que, para vários autores, além de Ramos, a expansão dos poderes políticos do Judiciário, mais que a judicialização da política, se deu em razão da constitucionalização que foi realizada sob o enfoque de um “projeto social, integrado por um conjunto de valores compartilhados”¹³⁴ que

permite a prática de um ativismo judicial nefasto, caracterizado pela sindicabilidade das omissões legislativas, a partir de um discurso voltado para a realização de direitos e garantias fundamentais, com ênfase para os direitos sociais prestacionais, a fim de realizar justiça e reduzir mazelas socioeconômicas que afligem a sociedade brasileira.¹³⁵

¹³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 286.

¹³² BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2014. p. 315.

¹³³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 324-325.

¹³⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporâneo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 246.

¹³⁵ SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 124.

Neste ponto, identifica-se a matéria tratada no tópico 2.1, no que se refere à adesão dos juízes à prática do ativismo, que de fato se consolidou após a Carta de 1988, em especial a partir da EC 45/2004, permitindo que matérias antes tratadas apenas pelos Poderes Legislativo e Executivo, incluindo políticas públicas tendentes a concretizar direitos fundamentais, passassem a ser judicializadas.¹³⁶ A concepção das súmulas com efeitos vinculantes são um exemplo disso, que, mesmo não sendo criações legislativas, possuem a mesma força obrigacional das leis.¹³⁷ Possuem caráter obrigatório, mas se revestem do voluntarismo dos membros do STF para formá-las, “o que frequentemente resulta em arbítrio jurisdicional”,¹³⁸ e descumprimento do princípio democrático, considerando que sua competência típica não lhe assegura “representatividade diretamente outorgada pela população a ponto de legitimá-lo a impor determinado entendimento que vincule todos os Tribunais, administração direta e indireta em qualquer esfera”.¹³⁹

Encontra-se, nestes termos, uma problemática não resolvida no Direito brasileiro, com relação à ilimitada atuação do Supremo Tribunal Federal. Mesmo que a norma tenha sido editada segundo os preceitos regulares do processo legislativo, a corte máxima, através da súmula vinculante, restringe ou amplia o âmbito de aplicação da norma, avançando sobre a função exercida pelo Poder Legislativo.¹⁴⁰

A conduta particular dos juízes, ao crerem que poderiam interferir na esfera de atuação política, serviu para distorcer o sentido do dispositivo constitucional aplicado, o que, para Ramos, consiste em uma deformação da obra que o Poder Constituinte originário criou e, por implicação, em uma autêntica mutação inconstitucional,¹⁴¹ que, para além disso, afeta um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro: o princípio da separação de poderes.

¹³⁶ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 158-159.

¹³⁷ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; CABRAL, Ana Luiza Novais. A Súmula Vinculante como um instituto voluntarista. **Prisma Jurídico**, v. 20, n. 2, p. 256-274, 2021. p. 261-263

¹³⁸ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; CABRAL, Ana Luiza Novais. A Súmula Vinculante como um instituto voluntarista. **Prisma Jurídico**, v. 20, n. 2, p. 256-274, 2021. p. 271.

¹³⁹ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; CABRAL, Ana Luiza Novais. A Súmula Vinculante como um instituto voluntarista. **Prisma Jurídico**, v. 20, n. 2, p. 256-274, 2021. p. 271-272.

¹⁴⁰ BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; CABRAL, Ana Luiza Novais. A Súmula Vinculante como um instituto voluntarista. **Prisma Jurídico**, v. 20, n. 2, p. 256-274, 2021. p. 270.

¹⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 144.

A transformação do Estado liberal-democrático em um Estado social-democrático fez com que se alterasse profundamente o modo de expressão institucional do princípio da separação dos Poderes, tanto no que concerne ao elenco de funções estatais, quanto à configuração dos órgãos que as desempenham, bem como em relação à distribuição das funções entre os órgãos e ao modo de seu exercício.¹⁴²

O ativismo judicial amoldado sob o aspecto do Estado intervencionista brasileiro ganha expressão quando analisado: 1) a expansão do controle abstrato de normas – estando a principal razão “na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim, efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, do exercício de função jurisdicional”;¹⁴³ 2) o surgimento de um “ilusório” neoconstitucionalismo¹⁴⁴ que permite, dentre outras coisas, o desprezo pelas “regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar”;¹⁴⁵ 3) os dilemas institucionais do constitucionalismo brasileiro, que estimulou o Poder Judiciário a exercer um controle jurídico da função legislativa sob o crivo de concretizar os direitos sociais da Carta de 1988, mas que “ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional – porém o faz, em boa medida, pela ineficiência dos poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização”;¹⁴⁶ e 4) a atividade normativa atípica do STF, com a introdução das súmulas vinculantes e mandados de injunção – que não contribuem para o fortalecimento do princípio da separação de poderes, revelando-se antagônico ao fim almejado, ao “provocar uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial”.¹⁴⁷

¹⁴² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156

¹⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 292.

¹⁴⁴ Ramos acredita que o denominado “neoconstitucionalismo” é uma tendência teórica que enreda um moralismo jurídico fluido, que “não despreza o direito posto, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem”, tratando na verdade, de um jusnaturalismo mitigado. Por assim dizer, compreende que no Brasil, não há que se falar em um constitucionalismo novo ou velho e sim uma dificuldade histórica de se “implantar a democracia e o Estado constitucional de Direito, que lhe é correlato” (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296, 298).

¹⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299.

¹⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 303.

¹⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 309.

Além do perfil já destacado de condução do Estado Democrático de Direito a um Estado-providência, a condução intrusiva do Judiciário possui íntima relação com o amplo poder de discricionariedade que a Constituição de 1988 lhe confiou, o que confirma o entendimento de Grostein, quando desenvolveu a primeira característica de ativismo judicial, tratada no tópico anterior, o *result-oriented judging*. E, também, pelo entendimento equivocado que se outorga à discricionariedade judicial, que enseja uma interpretação da norma e não uma modificação ou rompimento da letra da lei.¹⁴⁸

Essa concepção apenas robustece o primeiro fator referenciado por Ramos, quando tratou da expansão do controle abstrato de normas, porquanto influi para a formação de precedentes jurisprudenciais que em nada se aproxima com a tentativa de efetivação dos direitos sociais, evidenciando o perfil ativista do Judiciário.

Em que pesem essas colocações, Baracho Jr. ainda adverte que as condutas intromissivas da Suprema Corte brasileira não necessariamente se pautam em sua forma ativa de atuação, mas podem se revelar “na extrapolação dos limites passivos da jurisdição constitucional”, exemplificando sua elucidação através da abordagem sobre a matéria relativa aos mandatos de injunção, medidas provisórias e precatórios. Nestes últimos, demonstra que a Corte se pautou da forma ativa e passiva de ativismo judicial para modular os efeitos do pagamento de precatórios. Ativa por reformular a norma contida no artigo 100 da Constituição Federal, desautorizando “toda forma de jurisdição contra a Fazenda Pública no país”, mostrando-se muito mais afrontosa, pois, além de invadir a esfera dos Poderes Legislativo e o Executivo, “reescreveu o que havia sido decidido pelo Constituinte”. E, de forma passiva, quanto à “inexistência de decisões no modo de intervenção em Estados para cumprimento das decisões judiciais que condenaram entes públicos ao pagamento de quantia certa através de precatórios”.¹⁴⁹

Além disso, como se percebe na atuação ativista no STF, padecem os julgados de insuficiência argumentativa, muitas vezes representando “uma análise meramente linear”, insatisfatória para justificar sua atuação. Foi assim na decisão posta sobre a cláusula de barreira, em que a Corte deixou em evidência a rasa compreensão que

¹⁴⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991. p. 70.

¹⁴⁹ BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. In: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2014. p. 320.

mantém sobre o dever de preservação das minorias, causando, de maneira oposta a um apaziguamento sobre o tema, um efeito nocivo que repercutiu em outro julgado, que versava sobre as consequências da desfiliação no curso do mandato, justamente pela excessiva criação de partidos possibilitadas por aquela decisão, o que resultou na inovação constitucional da norma contida no artigo 55 da Constituição Federal.¹⁵⁰

Percebe-se, afinal, que o ativismo brasileiro repercute de forma muito mais incisiva nos poderes majoritários do que o ativismo originado nos tribunais norte-americanos, tendo relação estreita com o modo operado pelo Constituinte de 1987, que definiu competências muito amplas para a Corte Judicial máxima, atreladas a um poder de discricionariedade que antes não se tinha. Isso facilitou sua toada ativista sob o subterfúgio de ser a esfera que possibilitaria a concretização dos interesses sociais, em que pese essa concretização estar a cargo dos poderes eleitos.

¹⁵⁰ BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. *In*: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2014. p. 316-321.

4 DO ATIVISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Princípio da dignidade humana como atributo da democracia

A dignidade da pessoa humana há muito é um elemento essencial daquilo que se costuma designar como “pensamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais”.¹⁵¹ Não é por menos que a Constituição de 1988 aderiu à formulação internacional que se deu aos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, em primazia à normatização do princípio da dignidade da pessoa humana, que havia sido enaltecida em declarações e tratados internacionais.

Ao anuir esse entendimento, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido à norma jusfundamental do Estado Democrático de Direito, que, pelo seu caráter absoluto, passou a ter precedência sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico. Ele passou a atuar como uma norma limite, que impõe uma restrição a outros bens constitucionalmente protegidos. O que se fez foi analisá-lo como um conceito de conexão que garante à dignidade humana a mais expressiva condição normativa do sistema jurídico, podendo “desempenhar um papel respeitável na interpretação das normas de nível inferior”, servindo como ponte entre os outros direitos.

Com efeito, considerando tanto a formulação utilizada quanto a localização, visto que sediada no Título I, dos Princípios Fundamentais, verifica-se que o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-se, pela primeira vez à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III).¹⁵²

Por isso a dignidade humana passou a ser reconhecida como o núcleo essencial dos direitos fundamentais.¹⁵³ Mas, para que o princípio funcione como um conceito operacional do ponto de vista jurídico, é indispensável dotar a ideia de dignidade com um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação. Nesse sentido, Sarmiento defende ser necessária uma estruturação metodológica do princípio, com o intuito de que sua aplicação seja melhor executada, trazendo,

¹⁵¹ SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**. Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 2003. p. 165.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2015.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

primeiramente, o entendimento de que o critério da especialidade deve ser utilizado em sua concepção, exigindo, posteriormente, maior rigor na fundamentação de seu uso no caso concreto, sem se esquecer de conformá-lo à laicidade estatal e ao uso das razões públicas para o exercício do poder político. Por fim, deve-se olvidar um relativo minimalismo judicial em seu emprego quando uma extensa fundamentação não se fizer necessário.¹⁵⁴

Todavia, para que sua proteção ocorra normativamente, necessário se faz sua análise a partir do conceito duplo-triádico de Alexy, que desenvolve a existência da dignidade humana normativa por meio da observação da existência do ser – interpretação sistemática –, que engloba o reconhecimento dos requisitos de se possuir inteligência, sentimento e reflexividade da forma cognitiva.¹⁵⁵ A partir disso, para que ela se efetive, faz-se necessário avaliar qual o seu aspecto normativo, que para ele se assenta na “conexão entre o conceito de pessoa e do conceito de dignidade humana”, expressando-se como: “toda pessoa possui dignidade humana”.¹⁵⁶ Mas o fato de ser considerado humano não “torna explícita a dimensão normativa da dignidade humana”, necessitando de uma “ligação do conceito de dignidade humana com o conceito de valor”, que é mais bem relacionado com os “conceitos de deveres e direitos”.¹⁵⁷ Isso remete à característica formal do conceito de dignidade: “conceito-ponte” ou “conceito de conexão”. Nessa sistemática, seria possível compreendê-la como “normas operativas da dignidade humana”,¹⁵⁸ para que assim se operacionalize normativamente.

Daí compreende-se que, como norma, a dignidade tem necessariamente o caráter de princípio.¹⁵⁹ Como caráter de princípio que tem, implica, como sucedâneo,

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**, Florianópolis: Qualis, 2015.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**, Florianópolis: Qualis, 2015. p. 26.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**, Florianópolis: Qualis, 2015. p. 26.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**, Florianópolis: Qualis, 2015. p. 27.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**, Florianópolis: Qualis, 2015. p. 172.

os princípios da proporcionalidade em seus três desdobramentos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, que admitem o seu balanceamento – isso para se adequar ao modelo de direitos fundamentais sociais, o que significaria admitir o seu caráter relativo. Entretanto, como regra, é mandamento de otimização que comporta um caráter absoluto, não podendo ser relativizada, e, nesse último sentido, acaba sendo reconduzida a uma banalização de seu uso, principalmente por existir, no Brasil, uma desigualdade multidimensional que viabiliza uma hierarquização “que permeia a vida concreta do Direito brasileiro” e “por vezes está expressa na lei”.¹⁶⁰ Essa situação se verifica mais nas “práticas sociais que subsistem à margem da lei ou que se infiltram nos seus processos de aplicação”¹⁶¹ do que nas normas vigentes, perpassando inclusive a esfera de atuação do Poder Judiciário.

Isso desnatura o que Lon Fuller¹⁶² denominou de “moralidade interna” do direito, que envolve a certeza e a inteligibilidade das normas jurídicas, comprometendo, ainda, a garantia da segurança jurídica, ao ofender os parâmetros da própria dignidade humana. Essa realidade acaba prestigiando ações não condizentes à sua proteção, ainda mais diante de um Poder Judiciário que tem se mostrado cada vez mais ativista. Desse modo, faz-se mais produtora delimitar o princípio da dignidade humana na ordem jurídica brasileira, atendo-se ao seu conteúdo da autonomia para a demonstração de sua violação na esfera democrática. De início, uma distinção entre autonomia e uma vontade autônoma se torna imperioso.

4.1.1 Autonomia da vontade como elemento basilar do princípio da dignidade humana

Segundo Weber, na fundamentação da metafísica dos costumes, a autonomia da vontade é considerada como “princípio supremo da moralidade” e é definida como “aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”.¹⁶³ O princípio dessa

¹⁶⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Forúm, 2020. p. 64.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Forúm, 2020. p. 65.

¹⁶² FULLER, Lon, **The morality of law**. New Haven: Yale University Press, 1964.

¹⁶³ WEBER, Tadeu. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. *E-book*.

autonomia consiste em escolher as máximas que possam ser, simultaneamente, convertidas em leis universais. Autonomia implica, então, “a aptidão da máxima de toda a boa vontade de se transformar a si mesma em lei universal”.¹⁶⁴ Já para Sarmiento autonomia, em seu sentido etimológico, é a capacidade de ditar as normas que regem a própria conduta, trata-se da autodeterminação.

A autonomia se manifesta no “direito da particularidade” em se desenvolver em todos os aspectos. Não obstante, isso implica o reconhecimento da universalidade como seu fundamento, no sentido de que não há um desenvolvimento independente da particularidade. Significa que o interesse próprio das pessoas privadas “só pode ser atingido na medida em que determinem seu saber, querer e atuar do modo universal”.¹⁶⁵

Weber ainda manifesta entendimento de que o exercício do direito de autonomia, no nível da eticidade, implica o reconhecimento das leis e instituições sociais, na medida em que são criações de vontades livres. E, como princípio geral, poder-se-ia adotar a seguinte tese: cidadãos adultos, com “competência normal”, tem direito à autonomia, ou seja, “um direito de tomar, por si mesmos, decisões importantes e definitivas sobre suas vidas”.¹⁶⁶

Cabe ainda elucidar que a autonomia se desdobra em autonomia privada e em autonomia pública, sendo a primeira a faculdade de autodeterminação de uma pessoa e a segunda relacionada à democracia. Todavia, uma impende da outra para se efetivar, pois a autodeterminação de uma pessoa é diretamente ligada à democracia, dado que, ao escolher seus representantes, o indivíduo exerce sua autodeterminação – e aquele não se efetiva se não houver possibilidade de voto e elegibilidade política. O âmbito dessa autonomia equivaleria ao que Saldanha definiu como “liberdade do jardim”; e, na visão de Benjamim Constant, como “liberdade dos modernos” e “liberdade dos antigos”, pois, em um mundo moderno, importaria mais a fruição das liberdades privadas pelos indivíduos do que a participação nas deliberações coletivas.

A autonomia privada, portanto, corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida, o que, na esfera democrática,

¹⁶⁴ WEBER, Tadeu. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. *E-book*.

¹⁶⁵ WEBER, Tadeu. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. *E-book*.

¹⁶⁶ WEBER, Tadeu. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. *E-book*.

se consubstancia no poder do sufrágio universal, que deve ser respeitado. A liberdade se torna, desse modo, o conceito-chave para explicar o princípio de autonomia.

Sendo assim, a autodeterminação individual é violada ao não se ter em conta o reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão.

A autonomia pública, por sua vez, é também um valor constitutivo da dignidade humana, que tem como característica o reconhecimento da pessoa como um agente, tal qual se dá com a autonomia privada. Isso porque, no regime democrático, os cidadãos são idealmente concebidos como coautores no seu processo de criação.

A preocupação com o indivíduo é, portanto, imprescindível para o estabelecimento democrático e para a preservação dos direitos fundamentais. Sarmiento discorre que esse debate é importante, já que o indivíduo deve ser o foco para que haja a compreensão da relação entre a dignidade humana e o regime democrático. Enfatiza que “a democracia se assenta no respeito a cada indivíduo como agente e, por isso, franqueia a cada um a possibilidade de participar, como sujeito livre e igual, dos processos de deliberação social”. Assim, define a democracia como o entrelaçamento da liberdade e da igualdade do cidadão, concretizado na ideia da dignidade da pessoa humana no plano dos arranjos institucionais do Estado.¹⁶⁷

Diante desse quadro, um dos mais importantes debates sobre a autonomia diz respeito aos fundamentos admissíveis para a imposição de restrições à liberdade individual, que, segundo Sarmiento, foi mais bem respondido por John Stuart Mill, ao entender que só o dano a outras pessoas pode justificar a restrição à liberdade. O cuidado que aqui impõe-se é o de se conseguir visualizar qual o dano justificaria uma restrição à liberdade.

Há hipóteses, por exemplo, em que o exercício da liberdade de expressão do agente causa danos efetivos a direitos da personalidade de terceiros, e, nada obstante, aquela liberdade prevalece. A validade das restrições a uma liberdade, mesmo quando o seu exercício afete direitos de terceiros, não é automática. A colisão entre liberdade de um indivíduo e direitos de outras pessoas se resolve, via de regra, por uma ponderação de interesses, que deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, levando em conta tanto a relevância constitucional dos bens jurídicos em confronto, como também a intensidade com que cada um deles é afetado no caso concreto.¹⁶⁸

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 144.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 166.

Uma vez que se tenha estabelecido que – e em qual sentido – se pode falar em “restrições a direitos fundamentais”, é necessário indagar o que são essas restrições. Alexy argui que restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições, há relações estreitas.

Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral da ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental.¹⁶⁹

Citando jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, o jurista alemão salienta que o Estado está obrigado a proteger, mas, de outro lado, a decisão sobre como essa obrigação será satisfeita é algo que cabe ao legislador estabelecer.¹⁷⁰ No caso brasileiro, o constituinte de 1987 a estabeleceu, cuidando de fundar o regime brasileiro sob a égide do princípio democrático, que, ao instituir o Estado Democrático de Direito, afirmou uma amplitude de direitos sociais, coletivos e individuais, com fundamento, entre outros, na soberania e na dignidade humana.¹⁷¹ Além disso, prestigiou como norma estruturante do Estado a separação de poderes.

Por esse prisma, a democracia pode ser consubstanciada como o mecanismo de afirmação popular e de garantia dos direitos fundamentais,¹⁷² que se fundamenta na equação povo e poder, uma vez que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal. Essa representatividade é exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo. O primeiro é representado pelo Congresso Nacional, no âmbito federal, e pelas Assembleias Legislativas, no âmbito estadual. O segundo é representado pelos governos federal, estadual e municipal, na figura respectiva do presidente da República, governadores e prefeitos.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 281.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 463.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Melhoramentos, 2005. p. 125.

¹⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Melhoramentos, 2005. p. 126.

A democracia que o Estado de Direito realiza há de ser, portanto, um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, que envolve a participação efetiva do povo através de seus representantes eleitos. Além disso,

há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.¹⁷³

A Constituição Federal de 1988

abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.¹⁷⁴

Porém, para que o regime democrático estampado na Constituição viabilize os direitos sociais e da universalização de prestações sociais, é necessário que seja normatizado na prática.

Jorge Miranda foi preciso ao dizer que os direitos, liberdades e garantias pessoais têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. É a proteção ao desenvolvimento das pessoas. E não seria diferente com o princípio da participação democrática.

O princípio da participação democrática na vida coletiva – quer enquanto subjectivado em direitos individuais, os direitos políticos (arts. 48 e segs.), quer enquanto elevado a um dos objectivos da educação (art. 73, n. 2), quer enquanto princípio estruturador da organização económica no tocante aos trabalhadores e aos consumidores (arts. 80, alínea f, e 60, n. 3), quer, finalmente, enquanto condição do sistema democrático (art. 112) – alicerça-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 2º e 9º). Não se prevê a participação pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas.¹⁷⁵

Desse modo, observa-se que a dignidade humana com primado na democracia não tem sido preservada pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que vem se inserindo cada vez mais na esfera de atuação dos outros

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Melhoramentos, 2005. p. 119, 120.

¹⁷⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 535, 167.

poderes estatais, o que viola a separação de poderes e desestabiliza o sistema democrático que é estruturante no Estado brasileiro. A dogmática corriqueiramente utilizada pelo STF para engendrar decisões que tocam competências dos Poderes Executivo e Legislativo fere a dignidade humana em sua esfera comunitária, que, do ponto de vista moral e jurídico, não pode ser relativizada, ou seja, inexiste a possibilidade de atentados contra a dignidade em abstrato.

Vinculada a esta ideia, que – como visto – já transparecia no pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal e abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo. Registre-se, neste contexto, o significado da formulação adotada pelo nosso Constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado democrático de Direito. Nesse sentido, bem destaca Kurt Bayertz, na sua dimensão jurídica e institucional, a concepção de dignidade humana tem por escopo o indivíduo (a pessoa humana), de modo a evitar a possibilidade do sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana como bem de toda a humanidade ou na sua dimensão transindividual.¹⁷⁶

Diante disso, entende-se que a relatividade é algo que não pode ser inserida na noção de dignidade, seja no plano moral, seja na esfera jurídica, posto que se está diante de um construído (produto cultural), e não de um dado, mas que, em se tratando da dignidade humana, fundamento constitucional, atributo da democracia, que, como tal abarca toda uma sociedade, não pode ser desprestigiada para amparar o ego de quem quer que seja, ainda mais se tratando de um Poder Judiciário que tem como função precípua a promoção da justiça.

Levitsky e Ziblatt, professores de Harvard, em observação à democracia norte-americana, manifestaram uma preocupação quanto aos políticos de seu país que viam seus rivais como inimigos, intimidando a imprensa livre e rejeitando resultado de eleições. “Eles tentam enfraquecer as salvaguardas institucionais de nossa democracia, incluindo tribunais [...]”,¹⁷⁷ disseram. Esse processo disruptivo é observado no Brasil, mas diferentemente dos Estados Unidos que viu essa prática tentando ser engendrada por políticos, aqui vem sendo realizada pela Corte Judicial máxima, que suprime as prerrogativas dos Poderes Legislativo e Executivo, sem um

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*.

¹⁷⁷ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 13.

fundamento constitucional válido. A casa julgadora flutua sobre os mandamentos constitucionais e o interpreta axiologicamente, carregando suas decisões de princípios moralistas próprios, que obstruem o exercício regular da democracia e a afirmação da dignidade.

Além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. Confirmando entendimento já esposado, Miranda compreende que deve haver uma previsibilidade de atuação por parte do Estado, ao confirmar os direitos fundamentais.

Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e sua proteção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular, em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro. Em suma: é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjectivo e o elemento objectivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de desenvolvimento; que a garantia da liberdade se faça através da divisão do poder.¹⁷⁸

Foi para isso que a Constituição Federal de 1988 seguiu as diretrizes teóricas montesquianas e instituiu a separação de poderes, o fazendo sobre os pilares da independência e da isonomia, para que pudesse se conseguir segurança jurídica e atuação mais precisa dos poderes, o que não vem ocorrendo pelo agigantamento do STF, que em parte se deu pelo fraco desempenho do Legislativo, mas que, de modo algum, justifica a intromissão na esfera parlamentar.

Lunardi aponta que a Constituição Federal, ao estabelecer as competências do STF, estendeu-a em demasia, “de modo que praticamente qualquer questão pode ganhar roupagem jurídica e ser decidida pela Corte brasileira”.¹⁷⁹ Além de criar um leque de instrumentos para se chegar ao STF tão excessivos como as suas competências o são. Essa inserção desarrazoada tem garantido a ampliação do poder dos membros da Corte, “pois permite que eles atuem no campo da barganha política, na medida em que, na prática, podem julgar, pela via originária ou em última instância, qualquer ação que tramita no país”,¹⁸⁰ desde que atribuído o caráter constitucional.

¹⁷⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 535. p. 177.

¹⁷⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 226.

¹⁸⁰ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 228.

Com essa gerência demasiada em assuntos que tocam à sociedade, passou a contar com a visibilidade midiática para fazer política, inflando ainda mais o âmago de seus membros, que passam doravante a desenvolver práticas ativistas sem se aterem ao cerne da democracia em todas as suas nuances.

4.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402

Em 3 de maio de 2016, o partido político Rede de Sustentabilidade, ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 402) junto ao STF, pugnano pelo deferimento de medida acauteladora voltada à fixação do impedimento preconizado no artigo 86, parágrafo 1º, da Constituição Federal, relativamente aos ocupantes dos cargos em cujas atribuições figure a substituição do presidente da República. Especificamente, requereu o afastamento do presidente da Câmara dos Deputados à época, Eduardo Cosentino Cunha, por estar figurando como réu em ação penal instaurada perante o STF – Inquérito nº 3.983, demonstrando que a interpretação constitucional e a prática institucional adotadas pela respectiva Casa de permanência do parlamentar no cargo em questão foi tida em lesão aos preceitos fundamentais da separação de poderes e princípio democrático. Suscitou-se, em caráter concreto, o afastamento dessa interpretação em todos os casos, com a fixação de entendimento com eficácia vinculante.

O pedido liminar aviado de afastamento de Eduardo Cunha do cargo da Presidência da Câmara dos Deputados, foi julgada procedente em 5 de maio de 2016, em decisão monocrática do ministro relator Marco Aurélio Mello. Nesse visio, corretamente intimaram-se a Casa da Câmara dos Deputados e os partidos requerentes para ciência da decisão e esclarecimentos, bem como houve, em 9 de maio, a solicitação de informações à Advocacia-Geral da União e o parecer da Procuradoria-Geral da União.

Por sequência, os Partidos do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Social Cristão (PSC), Humanista da Solidariedade (PHS), Solidariedade (SDD), Trabalhista Nacional (PTN), Progressista (PP) e o Republicano Brasileiro (PRB) requereram o ingresso ao processo como *amicus curiae*, o que foi admitido pelo relator. Aduziram para tanto que o partido requerente questionava situação fática concreta e não uma fiscalização abstrata de constitucionalidade, e que por isso não se enquadrava o pedido no cerne da ADPF.

Já a Câmara dos Deputados pugnou pela inadmissibilidade da Arguição, por não existirem razões mínimas de admissibilidade, pois não havia impugnação de efetivo ato do Poder Público como exigido pela Lei nº 9.882/99. Além disso, o pleito tinha nítida natureza concreta, o que destoava do modelo de controle abstrato de constitucionalidade consubstanciado nas normas de regência da ADPF.

Segundo a petição inicial, o *ato do Poder Público* que supostamente violaria preceitos fundamentais consiste em uma *interpretação constitucional* prevalente na Câmara dos Deputados. Não se trata, portanto, de uma norma cuja interpretação esteja em desacordo com um preceito fundamental, hipótese em que se poderia cogitar de uma interpretação conforme a ser fixada pelo Supremo Tribunal Federal ou de uma declaração e nulidade sem redução de texto.¹⁸¹

Foi mais longe, ao fazer um comparativo entre a interpretação que o STF realiza da Constituição para formar suas súmulas e a interpretação dada à Constituição Federal para a escolha e permanência do presidente de sua casa, afirmando que essa prática em nada se difere da interpretação que foi ascendida na ADPF. Citou até mesmo a ementa do julgamento da ADPF 80, em que a Corte firmou entendimento de não ser cabível essa via em face de suas interpretações expressas em enunciados sumulares.¹⁸² Afirmou que o partido requerente não se prestou às cautelas devidas para o pedido de afastamento de Eduardo Cunha da Presidência da Casa respectiva, porquanto poderia ter sido suscitado por via difusa.

Tanto havia outro meio processual cabível para o afastamento do Deputado Eduardo Cunha da Presidência da Câmara dos Deputados que isso acabou ocorrendo quando do julgamento da AC 4.070-DF proposta pelo Ministério Público Federal, ocasião em que restou decidido pelo Plenário dessa Corte, por unanimidade, na sessão do dia 05/05/2016, pela *suspensão do exercício do mandato de deputado federal do requerido, Eduardo Cosentino da Cunha, e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados*.¹⁸³

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402 DF. **Petição 27553/2016** - Of. n. 810/SGM/P/2016, Arguição de descumprimento de Preceito fundamental n. 402. Informações da Câmara dos Deputados (art. 5º, 2º § da Lei n. 9882/1999). Relator: Min. Marcos Aurélio, Brasília/DF, 23 mar. 2016. p. 3.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 80 DF**. Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 17/08/2005. Data de Publicação: DJ 25/08/2005 PP-00180.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402 DF. **Petição - 27553/2016** - Of. n. 810/SGM/P/2016, Arguição de descumprimento de Preceito fundamental n. 402. Informações da Câmara dos Deputados (art. 5º, 2º § da Lei n. 9882/1999). Relator: Min. Marcos Aurélio, Brasília/DF, 23 mar. 2016. p. 7.

De igual forma, a Advocacia-Geral da União corroborou a compreensão esposada pela Câmara dos Deputados de que a ADPF 402 não seria admissível, por não conter ao menos a indicação do ato questionado e que a verdade dos fatos era tão-somente a intenção do partido requerente na obtenção de declarações do STF revestidas de caráter normativo.

De feito, a autora pretende que essa Corte edite regra de conduta direcionada ao Poder Legislativo por meio de interpretação vinculativa de dispositivo previsto na Constituição Federal, qual seja, o artigo 86, § 1º, inciso I, da Carta Republicana, em desconformidade com o princípio da separação de poderes (artigo 2º da Constituição Federal). Tanto é assim que indica, dentre os supostos atos específicos do Poder Público lesivos a preceitos fundamentais, a omissão da Câmara dos Deputados em “*promover o afastamento de parlamentar que se tornou inabilitado para o exercício da mais elevada função da Casa*” (fl. 05 da petição inicial).¹⁸⁴

A AGU foi além ao dizer que “o acolhimento da pretensão inicial dependeria de atuação desse Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, o que é inviável em sede tanto de arguição de descumprimento de preceito fundamental, como de ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou por omissão)”,¹⁸⁵ citando jurisprudência da própria Corte.

No parecer da Procuradoria Geral da República, foi apontada a insubsistência do ato concreto do Poder Público manejado na ADPF, isso por razões do julgamento em Plenário do STF da AC nº 4.070/DF, que restou decidida a suspensão de Eduardo Cunha do exercício do mandato de deputado federal. Por razão da suspensão, o conhecimento da ADPF seria inviabilizado,

(...) não pode ser utilizada para conferir solução normativa desconectada de ato do poder público lesivo a preceito fundamental, apenas para que o Supremo Tribunal Federal regulamente situações futuras, sob pena de desvirtuamento do instituto de controle concentrado de constitucionalidade, que viabiliza exame de atos estatais antes não suscetíveis de controle objetivo direto pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁶

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402 DF. **Petição de apresentação de manifestação 30835/2016**, Brasília/DF. p. 9.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402 DF. **Petição de apresentação de manifestação 30835/2016**, Brasília/DF. p. 10.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Relator: Min. Marco Aurélio. **Manifestação da PGR nº 265.592/2016**-AsJConst/SAJ/PGR. Brasília/DF, 03 de novembro de 2016. p. 7.

Pela perda de objeto em razão da já mencionada AC nº 4.070, em 5 de maio de 2016, o exame da cautelar restou prejudicado ante a perda do requisito da urgência. Porém, retornando à pauta para julgamento do mérito pelo Pleno, em 3 de novembro, conheceu-se da arguição, julgando-a procedente pela maioria absoluta de seus integrantes, não tendo sido finalizado o procedimento em razão do pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

Fato é que o acatamento no mérito da ADPF ensejou o pedido de sua extensão para incluir o afastamento cautelar do senador Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado Federal, que, na oportunidade, havia se tornado réu no Inquérito nº 2.593. Renovou-se nesse feito a requisição de que o STF se manifestasse de forma definitiva acerca da impossibilidade de que pessoas que respondam ou venham a responder a ação penal instaurada pelo STF assumam ou ocupem cargos em cujas atribuições constitucionais figurem a substituição do presidente da República.

Em 5 de dezembro de 2016, foi então deferida a liminar pleiteada para afastar o senador Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal. Por certo, o presidente do Senado interpôs Agravo Regimental, sustentando que houve, na prolação da decisão liminar, grave afronta aos princípios da legalidade, devido processo legal, separação de poderes e inafastabilidade da jurisdição, pugnando nessa via a revogação ou, subsidiariamente, a cassação da medida tomada por inconstitucional. No dia 6 de dezembro, foi encaminhado o processo para o Pleno do STF para referendo da decisão liminar. Ainda no mesmo dia, foi protocolizada pela Mesa do Senado Federal petição arguindo a nulidade dos atos processuais constantes da ADPF, sob os vieses dos artigos 6º e 5º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.882/1999. Demonstrou-se a ausência de sua intimação em virtude da sua situação jurídica de litisconsorte necessária unitária do objeto da presente Arguição e a intimação apenas da Câmara dos Deputados para prestar declarações, o que ensejaria a aplicação do artigo 115, inciso I, do Código de Ritos, tornando-se “impositiva a cassação de todos os atos processuais ocorridos desde o próprio ajuizamento da demanda, devolvendo-se o prazo de manifestação ao Senado Federal, a fim de que possa participar como arguido no polo passivo da presente ação”.¹⁸⁷ Juntou-se ao processo, na oportunidade, ata de decisão de sua Mesa, informando que aguardariam a deliberação final do Pleno

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. **Petição de apresentação de manifestação 69829/2016**, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 6 dez. 2016. p. 4.

do STF quanto à denúncia imputada ao Presidente de sua Casa – Inquérito nº 2.593, para decisão de seu afastamento. Considerando que:

1. A decisão monocrática prolatada na data de ontem, 5 de dezembro de 2015, pelo eminente Ministro Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF n. 402, que determinou liminarmente e em caráter incidental, o afastamento do cargo do Presidente do Senado Federal;
2. Que os efeitos da referida decisão impactam gravemente no funcionamento das atividades legislativas, em seu esforço para deliberação de propostas urgentes, para contornar a grave crise econômica sem precedente que o país enfrentava;
3. Que a última sessão deliberativa está agendada para 14/12/2016, conforme acordo entre lideranças partidárias, portanto, dentro de 8 dias;
4. Que o acordão de recebimento parcial da denúncia em face do Presidente do Senado no Inquérito n. 2.593 não foi publicado;
5. Que a referida decisão ainda aguarda confirmação do Plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 5º, *caput* e §1º, da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999;
6. Que a Constituição Federal assegura o direito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição de República) e que o Presidente do Senado nem a Mesa do Senado foram notificados a participar da referida ADPF;
7. Que a Constituição Federal estabelece a observância do princípio da independência e harmonia entre os Poderes constituídos (art. 2º da Constituição da República) e o direito privativo dos parlamentares de escolherem os seus dirigentes (art. 57, §4º, da Constituição da República);
8. Que o disposto no art. 53, §3º, da Constituição da República, atribui ao Senado Federal a competência para deliberar acerca da sustação do processo criminal eventualmente instaurado em face de Senador da República;
9. Que o art. 55, §3º, da Constituição da República atribui à Mesa competência para declarar a perda de mandato nas hipóteses previstas nos incisos I, II e VI, assegurada a ampla defesa e que na presente data foi impetrado o mandado de segurança nº 34.534 e agravo regimental na ADPF 402 que aguardam deliberação do STF;
10. Considerando a decisão proferida no MS 25.623 da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que determinou a concessão de prazo para a apresentação pelo Presidente do Senado.¹⁸⁸

Fato é que, por decisão do ministro relator Marco Aurélio, em 5 de dezembro de 2016, acatando o pedido liminar do Partido Rede de Sustentabilidade, foi determinado o afastamento do senador Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado. Foi ao Pleno, que, por maioria, implementou parcialmente a medida acautelatória, para assentar que os substitutos eventuais do presidente da República a que se refere o artigo 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. **Decisão da Mesa do Senado Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 6 dez. 2016.

perante esta Corte Suprema, ficarão impossibilitados de exercer o ofício de presidente da República. Pelo ministro Gilmar Mendes foi ajustada a parte dispositiva de seu voto de mérito, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na Arguição extensamente revisada. A decisão foi publicada no Diário do Judiciário, no dia 1º de fevereiro de 2017, mas seu acórdão de inteiro teor, pelo imbróglio de qual ministro seria designado para o compor foi aviado somente em 29 de agosto de 2018.

Conforme se prelecionou no estudo em voga, o princípio da separação de poderes é fundamento do Estado Democrático de Direito, estando positivado logo no artigo 2º da Constituição Federal, quando o Constituinte de 1987 resolveu conceder aos Três Poderes do Estado independência em suas atribuições, devendo-se imperar a harmonia entre eles em suas atuações.

No que compete à decisão do STF ao admitir a ADPF 402, indubitavelmente que a Corte não se ateve aos ditames previstos no artigo 1º da Lei 9.882/1999, isso porque o ato supostamente violado condizia a uma interpretação dada – inicialmente – pela Câmara dos Deputados de preceito constitucional, não revelando um entendimento de norma em discordância com a Constituição Federal.

Ademais, como bem pontuado pela Advocacia-Geral da União, pela Procuradoria-Geral da República e pela Câmara dos Deputados, não se prestou o partido demandante de indicar o ato questionado em consonância com o artigo 3º, inciso II, daquela lei, isso porque o fez de modo genérico, para imprimir apenas a sua insurgência contra o que entendeu ser “grave ato omissivo da Câmara dos Deputados, que deveria promover o afastamento de parlamentar que se tornou inabilitado para o exercício da mais elevada função da Casa”.¹⁸⁹ O que acarreta outro aparte na condução que se deu a este processo, qual seja, a ausência de subsidiariedade tal como necessária ao regime da ADPF – artigo 4º, parágrafo 1º, da lei em referência –, isso pelo fato de ainda pender no Inquérito nº 3.983 a possibilidade de afastamento do então deputado Eduardo Cunha do cargo de presidente da Câmara dos Deputados, o que de fato acabou ocorrendo.

No acórdão dessa decisão, ficou impresso que

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. **Petição inicial 03/05/2016**. Autores: Daniel Sarmento Advogados, Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados Escritório de Advocacia, Rio de Janeiro e Brasília/DF, 3 maio 2016. p. 4.

o primeiro pedido formulado pelo requerente – afastamento do então Presidente da Câmara do cargo exercido –, cuja adequação mostrou-se de validade duvidosa, considerada a natureza do processo – objetivo –, está prejudicado. Na mesma data em que este processo se encontrava em pauta para exame do pleito de concessão de liminar, o Pleno referendou medida acauteladora, implementada pelo ministro Teori Zavascki, de afastamento do deputado Eduardo Cunha da Cópia ADPF 402 / DF Presidência da Câmara e do exercício do mandato – ação cautelar nº 4.070 –, sendo que, após, houve a cassação por quebra de decoro parlamentar.¹⁹⁰

O indevido caráter de admissibilidade que se deu à ADPF 402 acarreta a ideia de que o STF pode influir nas decisões que tocam o Congresso Nacional e, com isso, explica-se a compreensão. O parágrafo 3º, do artigo 53, da Constituição Federal, impõe que, em caso de recebimento de denúncia em face de senador ou deputado, por crime ocorrido após a diplomação, será imperioso que o STF dê ciência à Casa respectiva, que, a seu critério, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. Se ainda pendia a ação penal em face do parlamentar, não poderia haver o acatamento da ADPF com a pretensão de o afastar do cargo de presidente da Câmara, este não é o objetivo do instituto.

Em parte do voto do relator, consignou-se a impropriedade do advogado-geral da União em dizer que a Corte laboraria como legislador positivo ao se considerar a admissibilidade da ADPF, o que, pela análise constitucional, de fato se consolidou. Veja-se, pois:

Também surge impróprio o que veiculado pela Advocacia-Geral da União, ainda em termos de inadmissibilidade da arguição. Apontou-se, na inicial, o ato do Poder Público a violar, segundo alegado, ditame constitucional. O deslinde da controvérsia não resulta em atividade própria do legislador positivo, mas, sim, em definir-se, vez por todas, se é cabível estar-se na cadeira de Presidente de uma das Casas Legislativas ou do Supremo, figurando na linha de substituição do Presidente da República, quando se é réu em processo-crime neste Tribunal. A conclusão sinaliza interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, tarefa a cargo, em processo objetivo, do Supremo. Rejeito as preliminares.¹⁹¹

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. **Acórdão.** Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 7 fev. 2016. p. 18.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. **Acórdão.** Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 7 fev. 2016. p. 18.

A primeira parte do trecho citado: “Apontou-se, na inicial, o ato do Poder público a violar, segundo alegado, ditame constitucional”, ressalta que não houve apontamento de qualquer ditame constitucional violado, isso em razão da Constituição Federal não dizer sobre a extensão do artigo 86 aos eventuais sucessores do presidente da República discriminados no artigo 80. Além disso, competem à Câmara dos Deputados a elaboração de seu regimento interno e a disposição quanto ao seu funcionamento – artigo 51, III e IV, da Constituição Federal. Seu regimento é preciso ao dispor que o único requisito que impera sobre a viabilidade de se estar no cargo da Presidência de sua Casa, é de que o parlamentar eleito seja brasileiro nato – artigo 16, *parágrafo único*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputado,¹⁹² o que em nada destoa da norma constitucional.

Sobre a parte dispositiva que menciona “o deslinde da controvérsia não resulta em atividade própria do legislador positivo, mas, sim, em definir-se, vez por todas, se é cabível estar-se na cadeira de Presidente de uma das Casas Legislativas ou do Supremo, figurando na linha de substituição do Presidente da República, quando se é réu em processo-crime neste Tribunal” é deslocada do entendimento que a Constituição Federal considerou a esse respeito. O artigo 55 da Constituição ao tratar dos motivos de perda do mandato de parlamentar entendeu que, nos casos específicos dos incisos I, II e VI do artigo citado, a perda do mandato só poderá ocorrer se for decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta de seus membros, o que ratifica o parágrafo 3º do artigo 53 já trazido. Se compete ao Congresso a definição de perda de mandato de parlamentar, muito mais o seria do presidente de suas Casas. Não poderia, como acertado entendimento de Streck,¹⁹³ ser o Supremo “o superego da nação”.

A terceira parte analisada do trecho do voto do relator, “a conclusão sinaliza interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, tarefa a cargo, em processo objetivo, do Supremo”, demonstra que a Corte está empreendendo ações certamente ativistas para dar extensão ao texto constitucional, de forma que o constituinte não pretendeu fazer. Como atribuições da Corte máxima, está,

¹⁹² BRASIL. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos deputados** [recurso eletrônico]: aprovado pela Resolução n. 17 de 1989 e alterado até a Resolução n. 12 de 2019. 21. ed. Brasília/DF: Edições Câmara, 2022. p. 17. (Série Legislação; n. 2).

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: Juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016.

precipualemente, a guarda da Constituição (artigo 102), e não a inovação constitucional carreada na extensão de dispositivos constitucionais, ou mesmo na aplicação analógica de preceitos da Constituição. A questão da “tarefa da Corte realizar a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional” certamente se reveste de ação ativista para empreender aclames sociais. Em nível de compreensão, a sucessão presidencial que toca os presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do STF tem caráter puramente transitório, e por isso, a extensão do artigo 86, parágrafo 1º, não deveria ter sido deferida como o foi.

julgo procedente o pedido formalizado na inicial desta arguição de descumprimento de preceito fundamental para assentar o entendimento segundo o qual aqueles que figurem como réus em processo-crime no Supremo não podem ocupar cargo cujas atribuições constitucionais incluam a substituição do Presidente da República.¹⁹⁴

Mas o fato que causou maior sobressalto foi quando, no bojo da ADPF 402, a Corte consentiu com o pedido de reiteração do pedido liminar anteriormente formulado no ato da distribuição do processo para incluir o afastamento de Renan Calheiro do cargo de presidente do Senado Federal. Por decisão monocrática do relator e sem a observância do artigo 5º da Lei nº 9.882, foi deferida a medida liminar pleiteada, determinando-se o afastamento do senador em apreço do cargo que ocupava no Senado Federal.

Defiro a liminar pleiteada. Faço-o para afastar não do exercício do mandato de Senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de Presidente do Senado o senador Renan Calheiros. Com a urgência que o caso requer, deem cumprimento, por mandado, sob as penas da Lei, a esta decisão.¹⁹⁵

Nesse momento, deixou de ser observado com tal característica o artigo 5º, parágrafos 2º e 6º, da Lei nº 9.882/1999, que corretamente faria incidir a nulidade processual, eis que não foi citado o Senado Federal para a ciência do ato questionado, tal como havia sido realizado nos primórdios da ADPF 402 à Câmara dos Deputados.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Relatório.** O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelos assessores Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa, Dr. Rodrigo Crelier Zambão da Silva e Dr. Vinicius de Andrade Prado [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 2016. p. 9.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Decisão monocrática.** Decisão arguição de descumprimento de preceito fundamental – liminar – relevância e urgência – deferimento. presidência da república – linha de substituição – cargo – ocupação – réu. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 5 dez. 2016.

A admissão da liminar nesses termos revelara uma intenção do STF em dar promoção a um aclame político, em nítida condução ativista, pelo exclusivo fator de durante o carrear do processo haver no Brasil os primeiros movimentos do processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, que traria uma possibilidade eventual, mas concreta, da incidência do artigo 80 da Constituição Federal.

Em que pesem as considerações morais do feito – o que aqui não será tratado –, a determinação de afastamento cautelar do referido senador do cargo de presidente do Senado Federal se deu em razão da denúncia efetivada em seu desfavor no Inquérito nº 2.593, que não havia sido concluído à época da decisão liminar monocrática. O inquérito foi autuado em 6 de agosto de 2007, quando Renan Calheiros já pertencia à Casa do Senado, mas sua denúncia foi efetivada somente em 1º de dezembro de 2016. Portanto, quando do deferimento da liminar, a Casa do Senado Federal poderia, pelo voto da maioria de seus membros, sustar o andamento da ação. Assim foi considerado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto no Plenário; todavia, mesmo considerando a interpretação dada à Constituição, na específica matéria entabulada no artigo 53, parágrafo 3º, fez interpretação histórica para empreender o que acreditava ter sido a intenção do constituinte de 1987, ao expressar:

Com efeito, tenho que o constituinte reformador (Emenda Constitucional nº 35), ao atribuir exclusivamente ao Poder Judiciário o juízo sobre a formação da culpa, caminhou na direção de melhor harmonizar as respectivas competências dos poderes, sem, contudo, inviabilizar o juízo político que compete ao Poder Legislativo, nos casos agudos de controle de um poder sobre o outro. Ocorre, porém, -e melhor examinada a questão-, que tal matéria não foi suscitada de modo nítido e inequívoco nesse sentido. Sustentar-se-ia ademais eventual inversão da natureza dessa cláusula de extintiva em suspensiva na ordem de produção de efeitos. Avançar, no presente caso, sem prejuízo do exame em hipótese futura, especialmente em respeito ou deferência ao Poder Legislativo, pode provocar que se tome interpretação como atividade legislativa do Judiciário, o que é inadmissível.¹⁹⁶

Apesar disso, seguindo pela via da contradição, entendeu que “o Supremo interpreta e julga de acordo com a vigente Constituição, nada mais, nada menos”,¹⁹⁷ e, por fim, referendou o afastamento do senador em referência.

¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Acórdão.** Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF. 07 fev. 2016, p. 38.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Acórdão.** Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere

Já o ministro relator indagou sobre a paridade que a Corte deveria observar em relação às Casas do Congresso Nacional, entendendo que a liminar para afastamento de Renan Calheiros ocorreu tal qual o foi no caso de Eduardo Cunha.

A Constituição é una, sendo a Lei Maior do povo brasileiro, a todos submetendo indistintamente. Apanha a situação do Presidente do Senado como apanhou a do Presidente da Câmara. Fora isso é distinguir sem fundamento fático, sem fundamento socialmente aceitável, sem fundamento constitucional. É reescrever casuisticamente a Constituição Federal, fazendo-o em benefício de certo réu, hoje a presidir o Senado da República e a reunião conjunta das duas Casas, o Congresso Nacional, guardando a condição de, a qualquer momento, ausente o Presidente da República, o da Câmara, tomar assento como Chefe de Governo, Chefe de Estado, em verdadeiro deboche institucional – o senador Renan Calheiros.¹⁹⁸

Fato, porém, inobservado por Gilmar Mendes foi que a Casa do Senado Federal não havia sido citada para apresentar informações na ADPF 402, como acertadamente o foi a Casa da Câmara dos Deputados, não existindo a paridade expressada em seu voto. Caberia, no caso, a nulidade dos atos processuais desde o seu início, por se tratar de matéria que afetaria o cerne de sua competência. Houve com esse ato a inobservância dos artigos 6º e 5º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.882, por ausência da intimação do Senado Federal, que figurava certamente como litisconsorte necessário, e do artigo 115, I, do Código de Processo Civil, causando alvedrio às garantias processuais do contraditório, em prejuízo à separação de poderes, ao se considerar que a determinação de afastamento do presidente da Casa do Senado Federal pela Corte, sem que houvesse a prévia intimação do Senado para apresentação de manifestação, atacou o cerne de sua competência. Dito isso, as razões expostas no voto do relator não empreendem a inteligibilidade processual que deveria ter sido observada.

O Supremo agiu na oportunidade tal como um legislador positivo, o que, nas palavras de Lênio Streck, configurou um “perigo inequívoco”, pois “a Suprema Corte

ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 7 fev. 2016. p. 38.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Acórdão.** Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília (DF). 7 fev. 2016. p. 27.

não é porta-voz do povo. Ao contrário: nela temos que ver a garantia contra maiorias exaltadas. A Constituição é o remédio das maiorias. E o STF deve ser o guardião da Constituição”.¹⁹⁹ Esse entendimento foi, inclusive, esposado pelo ministro Dias Toffoli em seu voto, quando admitiu que a decisão do ministro relator elasteceu em demasia a norma constitucional, “atingindo agentes públicos que ela não contempla e a hipótese fática que ela própria não prevê”.²⁰⁰

Outro ponto a ser considerado é que, como pedido principal, o que se pretendia na verdade era a extensão da aplicação do artigo 86, parágrafos 1º, inciso II, e 2º, da Constituição Federal, aos titulares dos cargos integrantes da linha sucessória do presidente da República, para concretizar intenção política revestida de aclame popular. Isso afrontou as prerrogativas do Congresso Nacional, pois uma delimitação nesses termos pelo STF consiste em uma intervenção judicial na eleição de seus presidentes, o que toca diretamente os artigos 2º, 51, III, e 52, XII, da Constituição. Dias Toffoli satisfatoriamente reconheceu em seu voto que,

Vide a gravidade da situação: a partir do que há na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 64/1990, um réu em ação penal por crime comum pode concorrer à Presidência da República, ser eleito e efetivamente exercer o cargo, caso ainda não haja condenação por órgão colegiado, ao passo que, caso vingue a interpretação defendida pelo Relator, a mesma circunstância pode tornar o parlamentar ou o ministro do STF denunciado inelegível para a presidência das respectivas Casas. Dessa perspectiva, me parece que, caso venha a se fixar a referida tese, este Tribunal estará exercendo excessiva ingerência, em especial, no âmbito do Poder Legislativo, estabelecendo distinção entre deputados e senadores no que tange à possibilidade de ingressar à presidência da respectiva Casa. Com efeito, entendo que a decisão liminar resulta em intervenção judicial relativamente à escolha dos presidentes das Casas Legislativas pelos parlamentares, com a inclusão de um requisito para o exercício da função não previsto na Constituição nem nos regimentos internos das Casas, cerceando-se, assim, a livre escolha dos deputados e senadores dos seus respectivos presidentes.²⁰¹

¹⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. Não há previsão constitucional para afastamento de Renan Calheiros. **Conjur**. 6 dez. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/streck-nao-previsao-constitucional-afastamento-renan>. Acesso em: 25 ago. 2022.

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Acórdão**. Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF. 7 fev. 2016. p. 56.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Acórdão**. Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF. 07 fev. 2016. p. 57.

A interpretação elástica que a Corte ofereceu no caso em apreço foi tida em contramão ao entendimento que o Plenário do STF teria adotado em 3 de março de 2016, no Inquérito nº 3.983, de relatoria do ministro Teori Zavascki,

INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 317 DO CÓDIGO PENAL E 1º, V, VI, VII, DA LEI 9.613/1998. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: HIPÓTESE EM QUE NÃO É RECOMENDÁVEL CISÃO DO PROCESSO. PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS: NÃO CABIMENTO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 86, § 4º DA CONSTITUIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E ILICITUDE DE PROVA: INEXISTÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. COLABORAÇÃO PREMIADA: REGIME DE SIGILO E EFICÁCIA PERANTE TERCEIROS. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP: INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS EM RELAÇÃO À SEGUNDA PARTE DA DENÚNCIA. DENÚNCIA PARCIALMENTE RECEBIDA.

[...]

3. A previsão constitucional do art. 86, § 4º, da Constituição da República se destina expressamente ao Chefe do Poder Executivo da União, não autorizando, por sua natureza restritiva, qualquer interpretação que amplie sua incidência a outras autoridades, nomeadamente do Poder Legislativo. Precedentes [...].²⁰²

Ante a mudança drástica de entendimento da Corte, é inteligível que ela atuou de modo excessivamente ativista, manobrando o entendimento constitucional ao critério político consubstanciado nos escândalos de corrupção que alongaram o ano de 2016 e desaguou no *impeachment* de um presidente da República. Essa prática adotada pode ser entendida por “Constitucionalismo abusivo”, termo cunhado por David Landau,²⁰³ que ocorre

quando um tribunal constitucional trabalha junto com o regime e usa o constitucionalismo estrategicamente apenas para justificar suas práticas, esse abuso pragmático não pode ser categorizado como sendo algo democrático. Trata-se de um constitucionalismo abusivo.²⁰⁴

²⁰² BRASIL. Ministério Público Federal. **Inquérito n. 3983**. Imputação dos crimes previstos nos arts. 317 do código penal e 1º, v, vi, vii, da lei 9.613/1998. foro por prerrogativa de função: hipótese em que não é recomendável cisão do processo. presidente da câmara dos deputados: não cabimento de aplicação analógica do art. 86, § 4º da Constituição [...]. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 03/03/2016. Publicação: 12/05/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno acórdão eletrônico dje-095 divulg. 11-05-2016, public. 12-05-2016. Partes autor(a/s)(es): Ministério Público Federal Proc.(a/s)(es) : Procurador-geral da República.

²⁰³ LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **U. C. Davis Law Review**, University of California, Davis, v. 47, 2014.

²⁰⁴ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 127.

Estorilio e Benvindo, sobre o Supremo Tribunal Federal, creditam a ele a condição de agente central do constitucionalismo abusivo, isso porque

A questão é que o Supremo Tribunal Federal (STF), em muitos casos assumindo papel de oráculo decisório e, ao mesmo tempo, adotando uma postura pragmática, pode se tornar agente central do constitucionalismo abusivo. Especialmente com o crescente aumento de pesquisas empíricas denunciando suas práticas e contrariando muito de seu discurso, passou-se a constatar que suas decisões, não raramente, buscam mitigar o crescente conflito político em casos de forte desacordo moral e, mais ainda, sua postura corporativa e agenciadora de interesses com os outros poderes.²⁰⁵

Os autores ainda advertem que a Corte, não raramente, vem estabelecendo em suas decisões a posição de “última palavra” em lugar de um maior diálogo institucional,²⁰⁶ que, no caso da ADPF 402, consistiria em ter se dado conhecimento da Arguição ao Senado Federal em tempo oportuno.

Essa ênfase pragmática, que catalisa a posição do STF como um agente poderoso no exercício da barganha política, também se expressa no modo como ele se relaciona com os demais poderes. Uma das estratégias é esvaziar as atribuições típicas de outros poderes por meio de decisões que as condicionam a um olhar sempre permanente do STF.²⁰⁷

Nessa situação, estar-se-ia o STF atuando basicamente como *veto player*²⁰⁸ na condução do jogo político iniciado pelo Partido Rede de Sustentabilidade, isso porque, não comum, partidos políticos, ao invés de recorrerem à Corte em busca da defesa de determinada tese constitucional, o fazem apenas para “perseguir alguma posição, benefício ou interesse circunstancial”.²⁰⁹

Dessa forma, a Corte Constitucional brasileira também passa a ser considerada como um *player* pelos demais atores políticos. Nesse sentido, o

²⁰⁵ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, v. XVIII, n. 1, p. 173-192, 2017.

²⁰⁶ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, v. XVIII, n. 1, p. 173-192, 2017. p. 178.

²⁰⁷ ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, v. XVIII, n. 1, p. 173-192, 2017. p. 178.

²⁰⁸ “Um *veto player* é um ator individual ou coletivo cuja concordância (pela regra da maioria no caso dos atores coletivos) é requerida para tomar a decisão de mudar uma política. O conceito de veto player origina-se da ideia de pesos e contrapesos incluída na Constituição norte-americana e nos textos constitucionais clássicos do século XVIII” (TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. [2017]. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_06.pdf. Acesso em: 26 set. 2022).

²⁰⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 163-168.

STF pode ser visto como “um aliado estratégico a ser cooptado” ou como “um obstáculo a ser derrubado”, a depender do seu comportamento e do comportamento de seus ministros.²¹⁰

Nessa vereda, a Corte notadamente atuou como uma aliada estratégica, pois o Partido Rede de Sustentabilidade era um dos partidos apoiadores da presidente Dilma Rousseff, que em 2 de dezembro de 2015 teve contra si iniciado o processo de *impeachment* na Câmara dos Deputados, quando ainda era presidido por Eduardo Cunha. De imediato, após a autorização do Plenário da Câmara para a abertura do processo, o presidente do Senado, Renan Calheiros, o recebeu. Foi criada a comissão especial para sua análise, e, em 12 de maio de 2016, o Senado deu abertura ao processo, afastando Dilma Rousseff do cargo máximo do Executivo Federal. Diante desse contexto, percebe-se que o partido demandante da ADPF 402 buscava, enfim, obstaculizar os trabalhos iniciados no Congresso Nacional no que competia ao processo de *impeachment*, e o STF foi o canal de efetivação do intento.

Por mais, a modificação repentina do entendimento que se deu à extensão do artigo 86, parágrafo 4º, da Constituição Federal, para atingir todos os substitutos eventuais do cargo de Presidência da República, que no Inquérito nº 3.983 não o realizou, só demonstra o cunho político impregnado na ADPF 402 pelo STF.

4.2 Ação Cautelar nº 4.327

Analisar a Ação Cautelar nº 4.327 é, indubitavelmente, rememorar o ativismo judicial empreendido na Corte de Warren. Isso porque, durante o tempo em que o juiz Warren presidiu a Suprema Corte americana, os traços das principais decisões da Corte foram marcadamente ativistas para implementar políticas públicas relevantes as quais os parlamentares não se prestavam a solvê-las. “Nestas ocasiões, a Corte Warren decidiu em prol das liberdades civis, promovendo uma profunda mudança social, assumindo que seu ativismo poderia retificar os erros do processo político majoritário”.²¹¹ Na crítica de Canon Bradley à Corte de Warren, o autor diz:

²¹⁰ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 170.

²¹¹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p 136.

A discussão do ativismo da Warren Court provavelmente se concentrou mais na frequência e no escopo e suas alterações radicais de jurisprudência anterior do que a natureza antimajoritária de suas decisões. Muitos de seus casos mais memoráveis, *Mapp v. Ohio*, *Miranda v. Arizona*, e *New York Times v. Sullivan*, para citar alguns, não anularam nenhuma lei ou decreto, mas simplesmente derrubaram precedentes, doutrina de direito consuetudinário ou antigos entendimentos sobre a Constituição.²¹²

Mais a mais, o ativismo da Suprema Corte norte americana revelou um debate acerca do interpretacionismo, que nos dizeres de Ely “não é uma discussão sobre a verdade de uma tautologia, pois o interpretacionismo envolve outra tese, segundo a qual ‘aplicar a Constituição’ necessariamente significa partir de premissas que estão explícitas ou claramente implícitas no documento em si”.²¹³ Mas isso não significa inovar, mesmo que se trate de uma inovação benigna.

Ao se trazer ao estudo as inovações ativistas da Corte de Warren, é possível estabelecer uma similitude ao caso em análise, pois com igual intento – ao menos assim se transparece – o Supremo Tribunal Federal fez incidir seu posicionamento moral acerca da conduta de um parlamentar, ultrapassando a literalidade da Constituição Federal para ajustar-lhe às penalidades que entendia aplicáveis.

A Ação Cautelar nº 4.327 foi ajuizada pelo Ministério Público Federal e tinha como um dos réus Aécio Neves, que à época exercia o cargo de senador. Ele estava sendo investigado pelo cometimento dos possíveis delitos de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, cabeça (constituição e participação em organização criminosa) e obstrução à investigação de organização criminosa, aludidas na investigação oriunda do acordo de delação premiada firmado entre pessoas ligadas ao Grupo J&F e o Ministério Público Federal. Houve, nesse feito, tentativa imperiosa de se restabelecer o princípio da moralidade ínsita aos cargos parlamentares, e viu a Corte Superior brasileira em mais um momento propício para dar resposta ao aclame popular. Impende dizer que o momento era de instabilidade política, em que imperava uma das maiores investigações ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, que havia se iniciado em 2014.

²¹² CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, p. 236-247, Dec.-Jan., 1983, tradução nossa: “Discussion of the Warren Court’s activism probably focused more on the frequency and scope of its radical alterations of prior jurisprudence than on the anti-majoritarian nature of its decisions. Many of its most memorable cases, *Mapp v. Ohio*, *Miranda v. Arizona*, and *New York Times v. Sullivan*, to name a few, nullified no statute or ordinance but simply overturned precedent, common law doctrine, or old understandings about the Constitution” (p. 241).

²¹³ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: Uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 16.

Contudo, a condução da Corte na tentativa de empreender justiça foi pautada, assim como na ADFP comentada, na elasticidade da letra constitucional, para dar ensejo ao que se entendia correto ao caso em apreço. Ocorre que tal condução desaguou no desrespeito ao princípio da separação de poderes, especificamente ao não dar voz ao disposto no artigo 53, parágrafos 2º, 3º e 8º da Constituição Federal, pois, por decisão monocrática, um parlamentar foi suspenso de suas funções públicas, sem que houvesse a manifestação da Casa do Senado Federal – e quando o foi o STF deixou de observar a voz dos membros daquela Casa, que haviam, por votação, decido contrariamente ao seu entendimento quanto à aplicação de medida acautelatória contra um de seus pares, qual seja: a suspensão do exercício de sua função parlamentar.

Entenda-se a dinâmica do feito. Em 15 de maio de 2017, a presente Ação Cautelar foi autuada perante o STF, tendo como alvos, além do senador Aécio Neves, mais três pessoas que não detinham cargo parlamentar. Portanto, a eles não cumpria a imunidade descrita do artigo 53 da Constituição Federal. Desse modo, a esses foi determinada a prisão preventiva, ao passo que ao senador foi determinada a aplicação das medidas diversas da prisão constantes nos incisos III e IV do artigo 319 e artigo 320, ambos do Código de Processo Penal (CPP).

Em 30 de maio, foi determinada pelo ministro Edson Fachin a divisão do Inquérito nº 4.483, do qual decorreu a Ação Cautelar comentada, formando-se novos autos. Tais autos foram distribuídos ao ministro Marco Aurélio e, por sua lavra, em 30 de junho, foi reconsiderada a determinação cautelar que Edson Fachin havia imposto a Aécio Neves, restabelecendo-o à situação jurídico-parlamentar que outrora detinha. O ministro se manifestou a favor da aplicação objetiva da Constituição Federal, mesmo em meio à instabilidade política que se vivenciava.

No campo processual penal, o Supremo tem sido chamado a pronunciar-se sobre acontecimentos de repercussão social inédita e não deve furtar-se a fazê-lo, enquanto última trincheira da cidadania. A intervenção deve atender a balizas, a critérios objetivos versados no Texto Maior. Em quadra de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, de escândalos de toda ordem, cumpre ser fiel aos ditames constitucionais e legais, sob pena de imperar o descontrole institucional, com risco para a própria democracia.²¹⁴

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Decisão monocrática.** Decisão arguição de descumprimento de preceito fundamental – liminar – relevância e urgência – deferimento. presidência da república – linha de substituição – cargo – ocupação – réu. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 5 dez. 2016. p. 6-7.

Muito bem se ponderou, à luz da letra constitucional, o necessário respeito aos demais poderes, que não poderiam ser desprezados, mesmo que em flagrante necessidade social.

O princípio da separação dos poderes encerra a impossibilidade absoluta de limitação de um Poder da República por outro, no que independentes e harmônicos entre si. A independência dos membros do Legislativo decorre da diplomação e está vinculada à permanência no cargo, para desempenho das respectivas atribuições. As medidas acauteladoras próprias ao processo-crime, quase sempre individuais, por natureza precárias e efêmeras, vale dizer, formalizadas a partir de exame superficial, envolvendo parlamentar, não de ser raras e harmônicas com o sistema constitucional. Mostra-se insuficiente articular com as normas editadas pelo legislador ordinário, em metodologia alheia às balizas constitucionais. A liminar de afastamento é, de regra, incabível, sobretudo se considerado o fato de o desempenho parlamentar estar vinculado a mandato que se exaure no tempo. Em síntese, o afastamento do exercício do mandato implica esvaziamento irreparável e irreversível da representação democrática conferida pelo voto popular. Como, então, implementá-lo, em ato individual, sequer de Colegiado, no início de investigação voltada a apurar possível prática a consubstanciar tipo penal? O afastamento precoce – e não ocorre o fenômeno sequer ante título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, porquanto a Constituição Federal pressupõe declaração da Mesa da Casa Legislativa (artigo 53, § 3º) – não é compatível com os parâmetros constitucionais que a todos, indistintamente, submetem, inclusive os integrantes do Supremo, guarda maior da Constituição Federal. Implica o empréstimo de pouca importância ao Senado da República, como se os integrantes não fossem agentes políticos de estatura ímpar, que têm incolumidade resguardada por preceitos maiores.²¹⁵

Apesar disso, tal decisão não se manteve no tempo e, em 26 de setembro, foram restabelecidas pela Primeira Turma as medidas cautelares diversas da prisão anteriormente impostas, acrescidas da medida cautelar diversa da prisão prevista no artigo 319, inciso V, do CPP, qual seja, recolhimento domiciliar no período noturno – resposta ao pedido subsidiário do Agravo Interno formalizado pela Procuradoria-Geral da República, por eventual descumprimento de Aécio Neves à medida cautelar que lhe foi conferida.

Ocorre que, pela Casa Legislativa, a decisão da Primeira Turma foi desconsiderada por votação dos pares, o que levava a Ação Cautelar ao seu fim. O Senado Federal, através de seu presidente Eunício Oliveira, informou ao STF o

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Decisão monocrática.** Decisão arguição de descumprimento de preceito fundamental – liminar – relevância e urgência – deferimento. presidência da república – linha de substituição – cargo – ocupação – réu. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 5 dez. 2016. p. 9-10.

resultado tomado pela Casa mediante o Ofício nº 1.113/2017, o que foi desprezado pela Corte, pois o processo se seguiu e as medidas acautelatórias se mantiveram em flagrante condução ativista. Fator expressamente perceptível no voto prolatado pela ministra Rosa Weber no julgamento do mesmo Agravo Interno que restabeleceu a medida desfavorável ao senador, quando mencionou que as premissas fixadas para a decisão da Primeira Turma consoante ao congressista foram estabelecidas pela análise do julgado anterior prolatado pelo Plenário do STF, quando, em outra oportunidade, elasteceu o comando normativo relativo às imunidades dos parlamentares, “o afastamento do Senador Aécio Neves [...], encontra lastro em premissas recentemente fixadas pelo Plenário desta Suprema Corte”.²¹⁶

Muito se falou em seu voto a respeito da democracia representativa, prerrogativa institucional e privilégio pessoal. Tudo em busca de se extrair uma normatividade apta a ensejar a medida excepcional que não havia sido deferida pela Casa do Senado Federal. Considerou-se pela ministra que a prerrogativa institucional não deve se alcatifar em privilégio pessoal, o que, certamente, seria transparecido se a mesma extensão de penalidade não fosse aplicada ao congressista – a razão de ser de seu voto transparecia ser o medo de o tribunal ser mal interpretado ao não aplicar a Aécio uma penalidade expressiva, assim como aplicada aos demais investigados, desprezando-se o fato de possuir ele a imunidade formal e material que a Constituição Federal lhe garantiu por ser um parlamentar.

Livrar de cautelas o Senador Aécio Neves – protagonista do esquema criminoso investigado – ao mesmo tempo em que onerados com prisão domiciliar os demais implicados, potencialmente coadjuvantes, é atitude judicial que pode transparecer um indesejável timbre de privilégio. É justo, igualitário e coerente que o Senador Aécio Neves da Cunha também tenha a sua liberdade restringida, ainda que em menor extensão, seguindo a mesma *ratio* que justifica a restrição aos demais coimplicados.²¹⁷

²¹⁶ Voto da Min. Rosa Weber em: BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ag. reg. no terceiro a g. reg. na ação cautelar 4.327**, Distrito Federal. Direito constitucional e processual penal. ação cautelar. agravo regimental do ministério público. Rejeição de prisão preventiva. Imposição de medidas cautelares alternativas. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso Agte.(s): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Agdo.(a/s): Aécio Neves da Cunha. Adv.(a/s): Alberto Zacharias Toron e outro(a/s). p. 74.

²¹⁷ Voto da Min. Rosa Weber em: BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ag. reg. no terceiro a g. reg. na ação cautelar 4.327**, Distrito Federal. Direito constitucional e processual penal. ação cautelar. agravo regimental do ministério público. Rejeição de prisão preventiva. Imposição de medidas cautelares alternativas. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso Agte.(s): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Agdo.(a/s): Aécio Neves da Cunha. Adv.(a/s): Alberto Zacharias Toron e outro(a/s). p. 81.

Rosa Weber, depois de longa explicação a respeito dos crimes de colarinho branco, almejando denotar que o sistema de justiça criminal brasileiro nefastamente reflete a seletividade do acusado, denominando de “implementação diferenciada da lei”, na cunhagem de Douglas Fischer, concretizou que

[...] o afastamento do Senador Aécio Neves do mandato parlamentar, com todo o respeito às alegações da defesa e com todas as vênias ao eminente Ministro Marco Aurélio, não implica afronta à Democracia ou à Separação dos Poderes. Repudiante a esses valores, na minha compreensão, é manter o Senador Aécio Neves da Cunha acima de qualquer controle cautelar penal.²¹⁸

Certamente que todas as razões que imperaram a presente decisão de acautelamento serviram, por óbvio, a uma finalidade socialmente aceitável, tal como as decisões da Corte de Warren, a exemplo das garantias na esfera penal. Mas, por certo, que o ativismo fere o princípio republicano a imperar na relação do direito ao sufrágio. Os senadores são eleitos pelo sistema majoritário, isto é, são eleitos pelo povo e não por decisão política ou pela Corte máxima do país. Suspender essa representação sem a observância da letra constitucional é desprezar também a democracia representativa e, por último, a dignidade humana, cenáculo do ordenamento pátrio.

De outro visio ao que foi estabelecido pela Corte no julgamento de restauração da medida de afastamento do parlamentar, o princípio republicano é o que direciona as ações do Estado ao interesse do povo. O voto seria a manifestação de vontade desse mesmo povo. Posto isso, a Constituição Federal estabeleceu as imunidades a que lhes compete exercer esse papel de representatividade, justamente para se respeitar o núcleo do princípio republicano. O que se tentou fazer nesse julgado foi diferenciar a figura do parlamentar, “homem público”, da de seus atos, o que é inseparável. O parlamentar, para o bem ou para o mal, reflete os seus atos em sua pessoa. Por isso a Constituição Federal previu para esses cargos elegíveis o caráter da temporalidade. E a democracia se verifica na possibilidade de regularmente, através do sufrágio, o cidadão escolher quem o represente. Irônico ainda mais é saber

²¹⁸ Voto da Min. Rosa Weber em: BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ag. reg. no terceiro a g .reg. na ação cautelar 4.327**, Distrito Federal. Direito constitucional e processual penal. ação cautelar. Agravo regimental do Ministério Público. Rejeição de prisão preventiva. Imposição de medidas cautelares alternativas. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso Agte.(s): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Agdo.(a/s): Aécio Neves da Cunha. Adv.(a/s): Alberto Zacharias Toron e outro(a/s). p. 83.

que, após a finalização de seu mandato de senador, Aécio Neves foi o 19º deputado federal mais bem votado pelo estado de Minas Gerais nas eleições de 2017.

A Constituição Federal não protege o parlamentar de sua responsabilização criminal, mas prevê um rigorismo maior à decretação de medidas que afetem a representatividade inerente aos mandatos políticos. Mesmo que disso não consinta o Poder Judiciário, a modificação da letra constitucional não lhe cabe, mas ao processo legislativo, caso seja assim considerado. O caráter de justiça moral não pode ser utilizado para modificar o entendimento dado pelo constituinte. Ainda que tais decisões exalem o aclame do povo, afasta a segurança jurídica necessária em uma sociedade. Ao se consentir com essas práticas, incentiva-se que elas sejam adotadas para o pior ou, melhor dizendo, para o interesse político das Cortes Judiciais.

No voto entabulado pelo ministro Alexandre de Moraes em julgamento do Agravo Interno ressaltado, ele faz uma contextualização histórica de como as Constituições brasileiras foram reformulando a exegese das garantias parlamentares, para se concluir que, na Constituição atual, é imperativa ao atribuir a garantia formal e material aos parlamentares. Portanto, a aplicação da medida cautelar substitutiva da prisão ao Senador era impossível, já que, no CPP, não se prevê a suspensão cautelar do exercício de mandato parlamentar,

seja porque incompatível com a incidência da imunidade formal em relação à prisão prevista aos parlamentares federais, pois, nos termos do art. 282, § 4º, do CPP, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, na forma do art. 312, parágrafo único, do referido diploma legal; o que não é constitucionalmente possível, e, conseqüentemente, torna inócua a imposição de medidas cautelares aos parlamentares federais, em face da ausência de coercibilidade pelo não cumprimento.²¹⁹

As normas legais, em primazia à Constituição, tendem a gerar uma segurança ao ordenamento jurídico quando executadas fielmente, mas se as conduções das decisões judiciais se tornam ativistas, essa inteligibilidade não se mantém. É certo que ao parlamentar impera uma imunidade formal e material que não pode ser rechaçada,

²¹⁹ Voto do Min. Alexandre de Moraes em: BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ag. reg. no terceiro a g. reg. na ação cautelar 4.327**, Distrito Federal. Direito constitucional e processual penal. Ação cautelar. Agravo regimental do Ministério Público. Rejeição de prisão preventiva. Imposição de medidas cautelares alternativas. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso Agte.(s): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Agdo.(a/s): Aécio Neves da Cunha. Adv.(a/s): Alberto Zacharias Toron e outro(a/s). p. 31.

o que, inclusive, foi apontado por um dos integrantes da Primeira Turma. Seja pela regência da Constituição Federal, seja pela lei ordinária (CPP), não havia mecanismo apto a ensejar a inobservância constitucional, a não ser a conduta ativista da Corte, que não se fixou aos parâmetros normativos para tomar sua decisão, e, pior, quando confrontado com a resposta dada pelo Senado Federal, que ia em sentido oposto ao que almejava, anulou-a.

Em que pesem as manifestações individuais sem tom ativista de alguns dos ministros que conduziram o julgamento da AC 4.327, como o foi a voz do relator Marco Aurélio, quando revisou a medida cautelar aplicada ao senador, ou mesmo de Alexandre de Moraes, que se pautou objetivamente à letra de lei, o ativismo cunhado na decisão da Primeira Turma muito tem a ver com o sistema de tomada de decisão da Corte, que se apoia nos “comportamentos individuais e descentralizados”²²⁰ de seus ministros:

[...] o formato de comunicação dos juízes, por meio da leitura de votos, demonstra como o processo decisório consiste em opiniões tomadas por cada juiz de maneira individual. Os votos são escritos, lidos em voz alta durante a sessão plenária do Tribunal e posteriormente publicados.²²¹

Por mais:

Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância.²²²

Com a junção de todas essas funções em um único órgão judicial, ele tem atuado como um verdadeiro poder moderador,²²³ aquele apreciado na Constituição Federal de 1824. Isso acrescenta mais dúvidas sobre qual contexto será observado em suas decisões: legal ou político, o que, para Veríssimo, caracteriza-se por uma

²²⁰ RODRIGUES, Juliana Mendes. **Juiz ou monarca?** O poder individual dos Ministros do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 81. *Kindle*.

²²¹ RODRIGUES, Juliana Mendes. **Juiz ou monarca?** O poder individual dos Ministros do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 82. *Kindle*.

²²² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 447.

²²³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 445.

“espécie de *certiorary* informal”,²²⁴ principalmente ao se considerar que a maioria das decisões da Corte tem sido representadas por decisões monocráticas.

Isto apenas demonstra que o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente. Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativas de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade.²²⁵

De fato, essa situação foi observada no julgamento de Edson Fachin, que, monocraticamente, decidiu pela admissibilidade do pedido da Procuradoria-Geral da União, aplicando a Aécio Neves a fatídica medida cautelar. Além disso, através da negativa reiterada da Primeira Turma de levar o processo a julgamento no Plenário da Corte, sob o argumento de que o cargo de senador não lhe concederia o benefício de acordo com o artigo 102 da Constituição,²²⁶ se o STF resolveu elastecer o entendimento dado ao artigo 57 da Constituição Federal, por que não o realizou nesse ponto? Perceba-se o caráter aleatório e político que essas decisões ativistas acarretam, que é muito mais alarmante para um Estado Democrático de Direito.

Vieira, em seu ensaio, traz à evidência uma inovação do STF quanto à perda de mandato de um parlamentar, quando esse resolve injustificadamente modificar de partido após o pleito eleitoral. O que chama a atenção nesse caso é como se posicionou a Corte máxima do Brasil, em concordância ao que havia sido externado pelo TSE, exteriorizando uma falsa ideia de que seriam os tribunais os detentores do processo de elaboração da Constituição Federal, que, ao seu ver, estaria em um processo de elaboração permanente.²²⁷

O fato de se estar estabelecendo mais uma hipótese de perda de mandato parlamentar, evidentemente, cria um problema institucional sério: a decisão tomada pelos dois tribunais é decorrência de um processo de interpretação

²²⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ‘ativismo judicial à brasileira’. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul.-dez. 2008.

²²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 450.

²²⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

²²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 455.

constitucional ou tem ela caráter legislativo (no caso específico: de natureza constitucional)? O próprio Ministro Celso de Mello enfrentou esta questão ao dizer que a Constituição conferiu ao Supremo “o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”, o que pode ser interpretado como uma leitura fiel do artigo 102 da Constituição.²²⁸

A tudo isso vislumbra-se o surgimento de uma “Supremocracia”,²²⁹ que induz uma expansão de sua autoridade para além de sua esfera organizacional, modificando norma constitucional e causando afronta direta aos poderes majoritários.

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.²³⁰

Vale-se o STF da extensiva reunião de funções para se tornar um “criador de regras”,²³¹ tarefa de autoridade que deve ser desempenhado pelos órgãos representativos.²³² Não resta cristalino que o *animus* da Corte tenda a ser modificado, a não ser que a própria estrutura judicial brasileira o seja. Resta sem sentido a expressão *bona est lex si quis ea legitime utatur* se a própria regente da Constituição Federal não a empregar em seus atos.

4.3 Ação Penal nº 1.044

A Petição Autônoma nº 9.456, foi autuada em 23 de fevereiro de 2021, tendo sido distribuída por prevenção ao relator do Inquérito nº 4.828, Alexandre de Moraes. Versa sobre denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República imputando ao deputado federal Daniel Silveira os crimes descritos no artigo 344, do Código Penal (por três vezes), e do artigo 23, inciso II (uma vez) e inciso IV (por duas vezes), este

²²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 455.

²²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 455.

²³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 455.

²³¹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

²³² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008. p. 456B.

último combinado com o artigo 18, todos da Lei nº 7170/1983, por ter se utilizado das mídias sociais – YouTube – para, nos dias 17 de novembro de 2020, 6 de dezembro de 2020 e 15 de fevereiro de 2021, favorecer interesse próprio, de agressões verbais e graves ameaças contra ministros do STF; incitar a animosidade entre as Forças Armadas e o STF; e incitar a tentativa de impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício do Poder Judiciário.

O Inquérito nº 4.828 versava sobre a investigação de possíveis manifestações antidemocráticas que teriam ocorrido no dia 19 de abril de 2020 diante de quartéis do Exército brasileiro. O inquérito foi instaurado por requerimento da Procuradoria-Geral da República e, a seu pedido, arquivado em 1º de julho de 2021. Entretanto, o relator ministro Alexandre de Moraes, além de determinar o arquivamento conforme o *parquet*, insatisfeito com o desfecho, determinou a instauração de novo inquérito, que foi autuado e distribuído por prevenção ao Inquérito nº 4.781 – o chamado inquérito das *fake news* –, também de sua relatoria. Sua intenção era a continuação das investigações sobre alguns dos eventos identificados pela Polícia Federal no bojo daquele inquérito. E o fez nos termos do artigo 77, incisos I e III, do CPP, sob o crivo de possuir autoridade para “mecanismos investigatórios” diversos da Ação Penal:

Inconfundível, portanto, a titularidade da ação penal com os mecanismos investigatórios, pois o hibridismo de nosso sistema persecutório permanece no ordenamento jurídico constitucional, garantindo a possibilidade da Polícia Judiciária, com autorização judicial, quando presente a cláusula de reserva jurisdicional, se utilizar de todos os meios de obtenção de provas necessários para a comprovação de materialidade e autoria dos delitos, inclusive a colaboração premiada, como decidiu recentemente o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.²³³

Apesar do Inquérito nº 4.781 ter sido processado sob o segredo de justiça, a análise da Petição Autônoma levanta a conclusão de que um dos investigados pelo relator ministro Alexandre de Moraes era o parlamentar Daniel da Silveira. O relator aproveitou-se disso para, imediatamente após a divulgação do paradoxal vídeo disponibilizado na plataforma do YouTube pelo deputado, determinar-lhe a prisão em

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4.828**, Distrito Federal. Decisão: O presente Inquérito 4.828/DF foi instaurado, por requerimento da Procuradoria Geral da República, para “a apuração de fatos ocorridos no dia 19 de abril de 2020 e seus antecedentes”, em virtude da ocorrência de “aglomerações de indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro das quais foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais” [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Brasília, Distrito Federal, 1º jul. 2021, p. 18.

flagrante delito. Ocorre que, sendo ele a principal vítima das agressões morais desferidas, de forma alguma poderia exercer o *munus* acusatório, investigativo e, ainda, ser o julgador, como o foi. Antes dessa análise, deve ser notado que os desdobramentos processuais que levaram à autuação da Petição Autônoma decorreram de diversas falhas legais, consubstanciadas no poder ativista da Corte.

Primeiramente, deve ser rememorado que o Inquérito nº 4.781 foi instaurado de ofício por um ministro do STF, Dias Toffoli, em nítido descompasso legal. Eis que o artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal, é límpido ao atribuir ao Ministério Público essa competência. A instauração citada foi atribuída ao permissivo contido no Regimento Interno da Corte, em seu artigo 43,²³⁴ que permite a instauração de inquéritos quando ocorrer infração à lei penal na sede ou dependência do tribunal, o que não foi o caso. Passando a exercer o *munus* acusatório que pertencia ao Ministério Público na União, atuou em flagrante ativismo, em preias de se conter violações que entendiam estar substanciadas na cisão do Estado Democrático brasileiro através de divulgação de notícias falsas em plataformas virtuais – as *fake news* –, já que acreditavam na existência de uma organização criminosa apta a ensejar essa ruptura – fato narrado no bojo do Inquérito corretado de nº 4.828.

No ato de divulgação do vídeo realizado pelo parlamentar, estava em andamento os dois inquéritos trazidos, além de seu conteúdo ter ido contra a honra de alguns dos ministros da Corte. No entender do STF, pautou-se em uma tentativa de embaraçar o andamento processual dos citados inquéritos e de incitar a contenda entre as Forças Armadas e a Corte. Daí a condução do relator Alexandre de Moraes à decretação de sua prisão em flagrante.

Sob esse prisma, evidencia-se que não houve respeito por parte da Corte aos requisitos básicos para o regular andamento do processo acusatório tal como a lei brasileira disciplina, nem quanto ao manejo da prisão do parlamentar no bojo do Inquérito nº 4.781; na condução da acusação de Daniel da Silveira na Petição Autônoma nº 9.456 e, por conseguinte, na Ação Penal nº 1.044. Situações em que deveria ter sido distinguida a figura do acusador, da defesa e do julgador. Sobre isso, o magistrado Cristiano Álvares Valladares do Lago insere:

²³⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos deputados** [recurso eletrônico]: aprovado pela Resolução n. 17 de 1989 e alterado até a Resolução n. 12 de 2019. 21. ed., Brasília, DF: Edições Câmara, 2022. p. 17. (Série Legislação; n. 2).

o sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado a princípio com base na acusação privada, evoluindo para a acusação oficial - admitindo-se excepcional iniciativa privada ou por qualquer do povo, instalando-se verdadeiro processo de partes, que não pode existir sem a acusação, mantendo o julgador sempre a posição passiva, imparcial, sem iniciativa da ação penal ou dos meios probatórios, assegurando-se a paridade das partes, o contraditório, a ampla defesa, realizando-se o processo sob a forma oral, pública, culminando com julgamento genuinamente popular.²³⁵

O relator designado para o caso era justamente a principal vítima. Nessa condição, não poderia ter se valido de sua atuação como ministro do STF para empreender sua própria justiça, mantendo-se como o responsável pela análise e condução processual em face do deputado federal Daniel da Silveira. Lago rememora que uma das características precípuas do sistema acusatório é a “exigência de separação das funções processuais”,²³⁶ ou seja, não se poderia, à luz da legalidade, o mister de autuar, investigar e julgar ter sido deprecado por quem foi uma das vítimas mais contundentes das manifestações verbais do parlamentar. Conseqüentemente,

no sistema acusatório puro ou genuíno, em que o processo é essencialmente um “Processo de Partes”, não há de se admitir que o julgador tome a iniciativa da ação penal, nem tão pouco que pratique *ex officio* atos de investigação ou de produção de provas, devendo manter-se sempre em posição de inércia, passividade, mesmo que isto possa significar desprestígio do Princípio da Verdade Real, pois, como já se disse, o sistema acusatório prega um processo de partes, devendo estas, e somente estas, perseguirem os meios probatórios hábeis a demonstrar procedência de suas alegações, admitindo-se para tal, até mesmo, a disponibilidade da ação penal.²³⁷

Um dos princípios constitucionais implícitos ao âmbito processual penal é o Princípio do Juiz Imparcial, no qual impera a condição do juiz manter-se “em posição equidistante das partes, dado que distintos os interesses que os animam: estas têm interesse em lide; aquele, interesse na justa composição da lide”.²³⁸ Apesar de não estar expresso na Constituição Federal, esse princípio foi trazido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi incorporado ao ordenamento pátrio com

²³⁵ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas processuais penais. [2000]. p. 22. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 set. 2022.

²³⁶ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas processuais penais. [2000]. p. 23. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 set. 2022.

²³⁷ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas processuais penais. [2000]. p. 23. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 set. 2022.

²³⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Assistência litisconsorcial no mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, ano 19, n. 76, out.-dez. 1994. p. 36.

status supralegal, isto é, deve ser observado e respeitado assim como todos os comandos constitucionais o são.

Artigo 10º

Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões e qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.²³⁹

O Código de Ética da Magistratura, do qual os ministros da Corte também não podem se afastar, imprime a mesma e necessária imparcialidade dos magistrados em suas atuações:

CAPÍTULO III
IMPARCIALIDADE

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.²⁴⁰

Dessa forma, é salutar que o sistema acusatório não expressa a ideia de que o magistrado, mesmo que ministro do STF, figurando como vítima, valha-se de sua condição jurídica para participar de todas as fases processuais. É uníssono na doutrina pátria a compreensão de que deve imperar uma “separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador”.²⁴¹ Nessa compreensão estão Capez, para o qual no sistema acusatório deve-se imperar a “separação das funções de acusar, julgar, defender”;²⁴² Oliveira e Fischer, ao dizerem que o sistema acusatório “funda-se na existência de vários sujeitos processuais, tendo eles funções distintas de acusação, defesa e julgamento, sendo certo que a função investigativa só não pode ser atribuída ao julgador”.²⁴³ Sem desprezar Souza, que compreende a necessidade de ser “rígida a separação entre o juiz e acusador, a imparcialidade, a ampla defesa, o contraditório

²³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. 1948.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 60 de 19 de setembro de 2008**. Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional. Brasília/ DF, 26 ago. 2008.

²⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual do Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

²⁴² CAPEZ, Fernando. Sistema acusatório e garantias do processo penal. Disponível em: <https://fernandocapez.com.br/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/>. Acesso em: 10 set. 2022.

²⁴³ OLIVEIRA, E. P.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 6.

e, em decorrência, a paridade entre a acusação e a defesa, a publicidade e a oralidade dos atos processuais, entre outros”.²⁴⁴

O que destoa desse comportamento se afigura como processo inquisitivo, em que a tarefa de acusação e julgamento é concentrada em uma só pessoa – *in casu*, na figura do ministro relator Alexandre de Moraes. Andrade, sobre o tema, diz que “o sistema inquisitivo está formado por dois elementos fixos, que são o princípio inquisitivo e a circunstância de que a abertura do processo poderá ocorrer tanto mediante o oferecimento de uma acusação quanto de ofício.”²⁴⁵ Como atentamente observado, o Inquérito nº 4.781 foi instaurado não pelo Ministério Público Federal, mas de ofício pelo ministro Edson Fachin. Após com a concretização da prisão em flagrante de Daniel da Silveira por Alexandre de Moraes, esse foi mantido na relatoria no inquérito supra e, posteriormente, na Petição Autônoma autuada por prevenção ao Inquérito nº 4.828, continuando relator da Ação Penal que culminaria na condenação do parlamentar.

Consoante a decretação de prisão em flagrante, é nítido que houvera condução desproporcional do ministro relator ao determiná-la, isso porque o entendimento que vinha sendo adotado pelo STF – e está estampado em suas “Publicações Temáticas”²⁴⁶ – é a impossibilidade de os juízes exercerem o poder de cautela, perceptivamente reconhecível na aplicação de medida mais dura do que se havia necessidade.

Lado outro, ao estender ao parlamentar a classificação de permanência dos delitos aviados por divulgação do vídeo, tal qual tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto aos crimes no artigo 241-A e 241-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que trata de divulgação, por meio de sistema de informática, de vídeos contendo pornografia infantil, certamente inovou a classificação dada aos crimes instantâneos, que devem ser analisados pelo tipo penal e não pelo modo de execução, conforme doutrina abalizada.

O entendimento do STJ é certamente afiançado por legislação pátria e não por crivo ativista, como se deu no caso do STF. Por influência de diversos estatutos legais estrangeiros que alinhavam maior proteção aos crimes sexuais, foi publicada, no

²⁴⁴ SOUZA, K. M. F. Sistema acusatório e *mutatio libelli* (releitura do art. 384, caput, do CPP, face ao ordenamento constitucional). **Jus Navigandi**, v. 5, n. 45, p. 1, 2000.

²⁴⁵ ANDRADE, M. F. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 466.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal e Processo Penal. Publicações temáticas.

Brasil, a Lei nº 11.829/2008, que alterou o ECA, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.²⁴⁷ Disso, se chega à modulação dos efeitos da permanência para a citada divulgação de crimes sexuais, de forma a ter sido implementada pelas instituições majoritárias.

No caso sob exame, empreendeu o relator inovação processual penal ao estender aos crimes de palavra – injúria, calúnia e difamação –, de ameaça, bem como o de coação, a característica de permanência. Esses, ao contrário da divulgação de crimes sexuais pela internet, são considerados crimes comissivos e de consumação imediata, e não se projetam no tempo. São delitos unissubsistentes. O modo de execução dos delitos, tal qual realizado por Daniel da Silveira, não mudou o seu tipo. No máximo, poderia ter sido entendido como crimes instantâneos de efeitos permanentes, que “nada mais são do que os delitos instantâneos que têm a aparência de permanentes por causa do seu método de execução”.²⁴⁸

Posteriormente a essa prisão, houve a formalização da acusação do deputado por meio do procurador-geral da União, que levou em consideração os vídeos divulgados em 15 de fevereiro de 2021 – que objetivou a flagrância –, e os datados de 17 de novembro e 6 de dezembro de 2020, quantificando as ações delituosas tomadas pelo parlamentar, como já mencionado. Todavia, chama-se a atenção o descumprimento de uma das condições hermenêuticas penais para a correta interpretação e integração da norma penal, que é a taxatividade.²⁴⁹

Toda norma penal é dotada de algumas características centrais, as quais são arroladas pela doutrina penal na seguinte ordem:

[...]

e) Taxatividade: deve ser precisa, completa, delimitando a conduta considerada criminosa.²⁵⁰

Houve uma imputação genérica dos crimes ao parlamentar, o que ensejaria logo de princípio o seu não recebimento. É consolidada na jurisprudência pátria essa

²⁴⁷ BRASIL. Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 2008.

²⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 238.

²⁴⁹ LEBRE, Marcelo. **Direito penal para defensor público**. Curitiba: Aprovare, 2014. p. 67-68.

²⁵⁰ LEBRE, Marcelo. **Direito penal para defensor público**. Curitiba: Aprovare, 2014. p. 67.

compreensão, pois dificulta a correta compreensão das acusações e impossibilita uma defesa adequada. Dizer que o agente praticou por uma, duas ou três vezes certo crime não delimita a sua conduta considerada criminosa. O que certamente culminaria na sua rejeição.

Outro ponto importante que deve ser considerado é que, após a prisão em flagrante ter sido convertida em preventiva por decisão do Plenário do STF, ela foi mantida por tempo alongado, em que não mais se verificava necessidade. Assim, foi apontado pelo ministro Marco Aurélio, na ocasião do dia 11 de março de 2021, quando foi levado à apreciação do Plenário, o recebimento da acusação, que não se processou por razão de o relator ter tirado o processo de pauta. Por esse motivo, Marco Aurélio suscitou pedido de ordem para que os ministros definissem a respeito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Sabemos ter sido a prisão preventiva referendada pelo Plenário, mas essa custódia é sempre provisória. E, para que persista, indispensável é que permaneçam os dados conducentes à constrição. Esse enfoque fica robustecido quando se cogita de integrante do Parlamento, de integrante, é o caso, da Câmara dos Deputados. Pondero, Presidente, se não seria o caso de o Relator examinar – e pode fazê-lo de ofício – a substituição do ato mais gravoso, que é o de prisão preventiva, por medidas acauteladoras enquadráveis no artigo 319 do Código de Processo Penal. É a ponderação que faço, até em deferência ao Parlamento, ao Congresso Nacional.²⁵¹

Na contramão, informou o presidente da Corte Luiz Fux que tal pedido não seria apreciado pelo Plenário, porque o relator Alexandre de Moraes havia pedido adiamento do feito, e, por ser o relator soberano, o processo não seria analisado nem ao menos no tocante à substituição da “constrição mais gravosa, a prisão do Deputado Federal, por medidas acauteladoras”.²⁵²

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.456**, Distrito Federal. Petição penal e processo penal. Inquérito. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Observância dos artigos 41 e 395 do Código de processo penal. Presença de justa causa para a ação penal. Não incidência da imunidade material (cf, artigo 53 caput). Narrativa clara e expressa que se amolda à descrição típica dos crimes imputados. Existência de prova da materialidade e indícios de autoria. Denúncia recebida. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Reqte(s):Ministério Público Federal proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República: Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Maurizio Rodrigues Spinelli adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias adv.(a/s): Juliana Araujo Carneiro. Adv.(a/s): Leandro Mello Frota. Adv.(a/s): Maria Isabelle Souto. Brasília, Distrito Federal, 28 abr. 2021, p. 7.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 9.456, Distrito Federal. Petição penal e processo penal. Inquérito. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Observância dos artigos 41 e 395 do Código de processo penal. Presença de justa causa para a ação penal. Não incidência da imunidade material (cf, artigo 53 caput). Narrativa clara e expressa que se amolda à descrição típica dos crimes imputados. Existência de prova da materialidade e indícios de autoria. Denúncia recebida. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Reqte(s):Ministério Público Federal proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República: Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Maurizio Rodrigues Spinelli adv.(a/s): Jean Cleber

Por isso Lunardi já havia advertido que questões sensíveis estão, cada vez mais, sendo tomadas de forma monocrática,

de modo que um ministro do STF se investe no poder de tomar uma decisão que derruba uma lei ou emenda constitucional, e, além disso, diversas vezes o faz sabendo que a sua decisão é contrária ao entendimento dos demais membros da Corte Constitucional.²⁵³

E mais:

Essa disfuncionalidade não é o problema mais grave. Quando se observa que o ministro relator tem o poder de decidir liminares monocraticamente e jamais submeter a questão ao pleno, isto se revela ainda mais problemático, pois, além de tudo, é autoritário e violador da ordem constitucional.²⁵⁴

Fato é que a prisão de Daniel da Silveira perdurou do dia 17 de fevereiro até o dia 14 de março, ambos de 2021, sendo apenas nessa data convertida em medidas cautelares por crivo do relator. A saber:

- (1) Prisão domiciliar com monitoramento eletrônico. Na expedição do mandado de prisão domiciliar e monitoração deverão constar as seguintes referências:
 - (1.1) a possibilidade de exercer o mandato parlamentar de sua própria residência, nos termos do “Sistema de Deliberação Remota” (SDR) estabelecido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados;
 - (1.2) a residência – indicada pelo denunciado ou por seus advogados – como perímetro em que ele poderá permanecer e circular;
 - (1.3) informações semanais, por parte da central de monitoramento, mediante relatório circunstanciado, de todos os dados pertinentes à referida monitoração;
 - (1.4) os direitos e deveres do monitorado.
- (2) Proibição de receber visitas sem prévia autorização judicial;
- (3) Proibição de ter qualquer forma de acesso ou contato com os investigados nos Inquéritos 4.828/DF e 4.781/DF, cujo denunciado e seus advogados têm ciência dos nomes, em face de estarem de posse de cópia dos autos;
- (4) Proibição de frequentar ou acessar, inclusive por meio de sua assessoria de imprensa, tanto as redes sociais apontadas como meios da prática dos crimes a ele imputados, como as demais;
- (5) Proibição de conceder qualquer espécie de entrevista sem prévia autorização judicial.²⁵⁵

Garcia Farias adv.(a/s): Juliana Araujo Carneiro. Adv.(a/s): Leandro Mello Frota. Adv.(a/s): Maria Isabelle Souto. Brasília/ DF, 28 abr. 2021, p. 9.

²⁵³ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 185.

²⁵⁴ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 185-186.

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.456**. Decisão: Em 16 de fevereiro de 2021, após chegar ao conhecimento desta CORTE um vídeo publicado pelo Deputado Federal DANIEL SILVEIRA, disponibilizado através do link: "<https://youtu.be/jMflnDBltog>", no canal do "YouTube" denominado "Política Play",[...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Repte.(s): Ministério Público

Os itens 4 e 5 causam mais espanto quando analisados, uma vez que, na função de parlamentar, está inserido, entre outras coisas, o livre acesso ao povo, que corriqueiramente se efetiva com o acesso às redes sociais, entrevistas aos canais televisivos e radiográficos. Inclusive, a Constituição Federal garante, no parágrafo 2º do artigo 220, a impossibilidade de censura de qualquer tipo, seja de natureza política, ideológica e artística.²⁵⁶ O fato dessas medidas terem sido aplicadas apenas robustece o caráter pessoal que o relator manteve em todas as etapas da condução processual.

O parlamentar não foi afastado de suas funções, mas foi restringido em seu cumprimento. A aplicação das medidas preventivas não deve destoar do regramento do artigo 319 do Código de Processo Penal, ou representar extensões e inovações das quais o legislador não ambicionou. Percebe-se que o relator utilizou de analogia para estender o uso do inciso II da citada norma para vetar ao deputado o direito de frequentar ou acessar as mídias sociais. Já a proibição de conceder entrevistas sem a autorização judicial não guarda relação com qualquer das medidas cautelares diversas da prisão existentes, representando inovação legal, que, de qualquer ângulo que se analise, representa censura prévia, o que não mais é acobertado pela legislação pátria. Essa toada pela qual o STF está trilhando se mostra totalitária, assim como visto em outros tempos no Brasil. Sempre existe a possibilidade de revogação das medidas cautelares, com o retorno do *status quo* do acusado. Qualquer abuso posterior poderia causar ao deputado federal o seu retorno à carceragem, o que corrobora o posicionamento de que foi violado sem razão o seu direito à liberdade de expressão, concretizada na possibilidade de utilizar as mídias sociais e de conceder entrevistas sem a autorização judicial. Frisa-se que a situação do parlamentar, até este momento, era de investigado. Não havia ao menos a apreciação do Plenário quanto ao recebimento ou não de sua acusação, que foi aceita apenas em 3 de maio de 2021.

Federal Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República Reqdo.(a/s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Maurizio Rodrigues Spinelli. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Juliana Araujo Carneiro. Brasília/ DF, 14 mar. 2021. p. 12-13.

²⁵⁶ Art. 220, § 2º (BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Rocha. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2020).

Em que pese o seu recebimento com o referendo do Plenário quanto às medidas cautelares, vale dizer, como anteriormente, que, figurando o acusado no cargo de deputado federal, tais medidas não deveriam ser-lhe aplicadas, uma vez possuir imunidade formal, não sendo-lhe aplicável as medidas trazidas pelo artigo 319 do CPP, entendimento robustecido pelo ministro Marco Aurélio, o único da Corte que não a referendou, por compreender a sua incompatibilidade com o exercício do mandato.

É patente a parcialidade do relator com o caso em voga, quando analisado o teor de seu voto na Ação Penal nº 4.727, que naquela lavra expôs, após longa contextualização histórica, que as transformações das imunidades parlamentares nas constituições brasileiras robusteciam a ideia de que não existe a possibilidade de aplicação de medida cautelar substitutiva da prisão a parlamentares, sejam deputados ou senadores, já que no Código de Processo Penal não haveria previsão da suspensão cautelar do exercício de mandato parlamentar.

Outra situação absurdamente ocorrida no bojo da petição diz respeito à aplicação de fiança no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao parlamentar no dia 9 de junho de 2021, para que ele não retornasse à prisão em razão do possível descumprimento à monitoração eletrônica. Não foi imputado ao deputado o cometimento de um crime inafiançável? Por essa decisão é perceptível o descompasso do relator no caso em cota. Se existia de princípio a possibilidade de aplicação de fiança, por que manteve a prisão de Daniel da Silveira por mais de um mês no Batalhão Especial Prisional da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, posteriormente transformada em prisão domiciliar, se depois seria possibilitado fiança? Fiança em crime inafiançável? Ajustou sua decisão colidente aos precedentes da Corte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HC 169.462, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 28/11/2019, HC 164.581, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Redator do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 29/11/2019; RHC 146.329 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 19/2/2018; HC 128.853, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 21/10/2016. Por que outrora tais precedentes não foram observados? Dizia-se que a medida mais rígida era para empreender respeito à Suprema Corte brasileira, pautando-se sua decisão não na Constituição do Estado brasileiro.

Já com a autuação da Ação Penal, em decorrência do deputado não ter prestado fiança – à arguição de não ser possível a reunião do importe total no tempo

estipulado pelo relator –, em 24 de junho de 2021 foi restabelecido à prisão no Batalhão Especial Prisional da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, com o argumento de que as medidas tomadas em face do acusado não foram suficientes para que ele demonstrasse respeito pela justiça. Em razão desses fatos, a defesa do acusado requereu algumas medidas ao Judiciário para que houvesse uma correta verificação das violações pelos quais motivaram a renovação de sua prisão:

01) Requer ACAREAÇÃO e RECONSTITUIÇÃO do ato de suposta fuga narrado pelo agente da Polícia Federal no e-doc 302, e assinado pelo delegado responsável, a ser realizado em data e horário previamente agendados com a DEFESA, para demonstrar a falsidade da acusação pelo agente policial;

Justificativa: É FALSA a ocorrência da suposta tentativa de fuga narrada pelo agente que Daniel Silveira. Ademais, em tese, incorreu o agente da PF em supostos delitos previstos nos artigos 23 e 25, da Lei de Abuso de Autoridade (13.869/19). Inclusive, requer-se o relatório do dia 24/06/2021, no horário entre 15 e 16h, a LOCALIZAÇÃO EXATA, via GPS, de onde estava o Deputado Federal Daniel Silveira no momento exato de sua prisão, com o posicionamento exato, de acordo com o monitoramento eletrônico realizado pelo SEAP/RJ.

02) Sendo os crimes previstos na Lei 13.869/19 ser de AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA, Art. 3º, requer, nos termos do Art. 40, do Código de Processo Penal, o encaminhamento dos autos e da denúncia ao Ministério Público Federal, titular da ação penal, para abertura de inquérito investigativo e procedimento administrativo em face da(s) autoridade(s) denunciada(s);

Justificativa: em razão da FALSA NARRATIVA de tentativa de fuga afirmada pelo agente da PF, e este fato ser utilizado para manutenção de prisão preventiva do Requerente, é perceptível a sua necessidade; No link abaixo, está o VÍDEO DO CIRCUITO INTERNO DE TV, com a gravação na íntegra, e sem cortes, da operação de prisão do Deputado Federal Daniel Silveira, de 24/06/2021, da chegada da equipe da PF até a sua saída, após realizar a prisão; Link para o vídeo da operação de prisão: https://drive.google.com/file/d/1AKqvFcRVxBItRpF-uqXShw_-3kY5NF3r/view?usp=sharing

03) Requer-se a FINALIZAÇÃO DA PERÍCIA TÉCNICA, em andamento na Polícia Federal, que demonstrará a INEXISTÊNCIA DE ROMPIMENTO DE CINTA e LACRES da tornozeleira, bem como, o requerimento de análise da BATERIA do equipamento, que demonstrarão, inequivocamente, O DEFEITO nesta, e a INEXISTÊNCIA comprovada de violações ao equipamento; Justificativa: tais subterfúgios foram utilizados para a decretação da prisão preventiva do Requerido, bem como a sua ilegal manutenção;

04) Requer ao Relator que inste o SEAP a fornecer o relatório minucioso, técnico de todo o período de monitoramento, inclusive, detalhes técnicos de localização do dispositivo, GPS, e termo de vistoria/laudo técnico do equipamento ANTES da instalação no Requerido;

Justificativas: tais relatórios são imprescindíveis para análise pós-perícia do equipamento em poder da PF, e retirado no último dia 10/08/2021. Ainda, há dúvidas quanto à LISURA do sistema gerido pelo SEAP, em razão de fatos ocorridos recentemente, especialmente, a PRISÃO de três integrantes da SEAP/RJ, responsáveis pela área de monitoramento eletrônico, o que inclui, na suspeita e motivo das prisões, negociações de monitoramentos e outros atos ilegais relacionados ao sistema; Inclusive, requer-se o relatório do dia 24/06/2021, no horário entre 15 e 16h, a LOCALIZAÇÃO EXATA, via GPS, de onde estava o Deputado Federal Daniel Silveira no momento exato de sua

prisão, com o posicionamento exato, de acordo com o monitoramento eletrônico realizado pelo SEAP/RJ.

05) Devido às alegações de suposto requerimento de ASILO em 4 países, é imprescindível que haja a apresentação das provas, devidamente assinadas pelo Requerido, requerendo o aludido asilo.

Justificativa: o suposto pedido de asilo foi utilizado pelo Relator para manter a prisão preventiva do Requerido, o que é uma falácia. Em disso, e em ataque ao que se chama de “Prova Surpresa” ou “Guarda de Trunfo”, e diante do contraditório e ampla defesa, requer ao Eminentíssimo Relator que as APRESENTE, e não apenas utilize matérias de jornais irresponsáveis que afirma mentiras 24 horas ao dia em face de Daniel Silveira.

06) Diante de novos motivos de PRISÃO PREVENTIVA do Requerido, conforme decisão proferida em 31/08/2021, requer-se diligências junto à Câmara dos Deputados para que o PLENÁRIO se pronuncie sobre os novos motivos de sua prisão, comunicando-se imediatamente ao Presidente da Câmara dos Deputados para as providências.

Justificativa: tendo em vista a alteração do quadro fático de manutenção a prisão preventiva do Requerido, e diante da Revogação total da Lei de Segurança Nacional, ocorrida em 02/09/2021, e sendo esta utilizada para a sua prisão, urge a necessidade regimental daquela Casa em deliberar sobre a continuidade ou não da prisão do Deputado Federal Daniel Silveira, em respeito ao devido processo legal, Art. 53, §2º da Constituição Federal e Regimento Interno da Câmara dos Deputados.²⁵⁷

Todos os pleitos foram indeferidos pelo relator, dizendo que os requerimentos acerca do mal uso da tornozeleira eletrônica estava sendo investigado em inquérito próprio e que os demais consubstanciados no Agravo Regimental oposto – que também não foi reconhecido em 1º de outubro por decisão monocrática – não deram razão a qualquer medida requerida, mantendo-se a prisão, em que pese a Procuradoria-Geral da União ter se posicionado favorável à aplicação de medidas cautelares diversas de prisão.

No caso em análise, as diligências requeridas pela Defesa não revelam qualquer relação com os fatos imputados pela denúncia; pelo contrário, dizem respeito a circunstâncias incidentais ao andamento desta Ação Penal, notadamente em relação ao restabelecimento e manutenção da prisão do réu, por meio das decisões de 24/6/2021 e 31/8/2021. Não há, portanto, a necessária pertinência das diligências requeridas com os fatos imputados na inicial acusatória, razão pela qual devem ser indeferidas.²⁵⁸

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Trata-se de ação penal em face do Deputado Federal DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA. A denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República imputou ao parlamentar a prática das condutas descritas no art. 344 do Código Penal (por três vezes) e no art. 23, II (por uma vez) e IV (por duas vezes), o último combinado com o art. 18, ambos da Lei 7.170/83. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques. Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília/DF, 14 mar. 2021, p. 2-3.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Trata-se de ação penal em face do Deputado Federal DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA. A denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República imputou ao parlamentar a prática das condutas descritas no art. 344 do Código Penal (por três vezes) e no art. 23, II (por uma vez) e IV (por duas vezes), o último combinado com o art. 18, ambos da Lei 7.170/83. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor:

Frisa-se que esse segundo momento da prisão do deputado perdurou, inacreditavelmente, de 24 de julho a 8 de novembro de 2021, mesmo após a finalização da instrução criminal. Até que resolveu o relator substituir a prisão por implementação de medidas cautelares, mais brandas que as anteriores, mas, de toda forma, mantendo a violação à sua liberdade ao acesso de quaisquer plataformas virtuais de comunicação.

(1) Proibição de ter qualquer forma de acesso ou contato com os demais investigados nos Inquéritos 4.781/DF e 4.874/DF, salvo os parlamentares federais;

(2) Proibição de frequentar toda e qualquer rede social, – instrumento utilizado para a prática reiterada das infrações penais imputadas ao réu pelo Ministério Público – em nome próprio ou ainda por intermédio de sua assessoria de imprensa ou de comunicação e de qualquer outra pessoa, física ou jurídica, que fale ou se expresse e se comunique (mesmo com o uso de símbolos, sinais e fotografias) em seu nome, direta ou indiretamente, de modo a dar a entender esteja falando em seu nome ou com o seu conhecimento, mesmo tácito.²⁵⁹

Em 12 de novembro de 2021, Daniel da Silveira participou de entrevista a uma rede televisiva e manifestou sua opinião a respeito da condução de sua prisão e dos processos em seu desfavor, manifestando seu posicionamento:

[...] os Deputados que iriam votar para revogar a prisão mais sofreram pressões de outro Poder, o que é totalmente inadmissível... Evidentemente, uma vez parlamentar, você tem o foro privilegiado, que eu sou totalmente contra. O foro eu acho que deveria acabar, porque você ficar refém, na verdade, de um único Tribunal, que pode “marionetar”, assim por dizer, o parlamentar, dentro do seu processo [...]. É uma sensação estranha: você saber que a pessoa queria votar para liberar, porque é inconstitucional o processo e a prisão, mas votaram pra manter sob pressão.

[...] Pra ser muito honesto, e sendo claro como sempre, tudo foi abuso! Tudo foi abuso de poder, abuso de autoridade, um ego exagerado... foi uma vaidade exagerada.

O Ministro do STF não é intocável... São pessoas ali... uns são inteligentes, outros nem tanto, mas tem um amigo que é amigo de não sei quem... E o

Min. Nunes Marques. Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília/ DF, 14 mar. 2021, p. 4.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Decisão: Trata-se de Ação Penal originada a partir de denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República imputando a DANIEL SILVEIRA, Deputado Federal, a prática das condutas descritas no art. 344 do Código Penal (por três vezes) e [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Adv.(a/s): Paola da Silva Daniel. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília/DF, 8 nov. 2021, p. 5.

outro conhece um amigo que toma café com o Presidente e é indicado porque escreveu um livro, aí isso o tornou brilhante [...].

Como visto pela sua resposta, não houve ofensa à instituição judiciária, nem houvera crimes de palavra etc., mas foi impresso a sua compreensão sobre os fatos, que, em um Estado Democrático de Direito, que possibilita o direito à liberdade de expressão, é possível. A visão dos fatos não necessita ser produzida da mesma maneira por todos. Streck, nessa compreensão dialógica dos fatos, compreende que sempre há dois modos de vê-los, um pela ótica interna do participante e outra pela ótica do observador, mas, de tudo, ainda existe um ponto de vista externo, “há um compromisso científico em dizer que ‘isso não é assim’”.²⁶⁰ É o que se tem em voga. O ativismo da Corte tem dito o que está certo e o que está errado, em que pese esta palavra final depender da Lei Maior. É visível que a pretensão era a de silenciar o acusado em todos os desfechos da lide. Um passo dado em desacordo a isso rendeu novas medidas cautelares:

- (1) A imposição de nova medida cautelar, em caráter cumulativo com as estabelecidas na decisão de 8/11/2021, consistente na proibição de conceder qualquer espécie de entrevista, independentemente de seu meio de veiculação, salvo mediante expressa autorização judicial;
- (2) A intimação, com urgência, inclusive por vias eletrônicas, da Defesa de DANIEL SILVEIRA para que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, preste esclarecimentos sobre o descumprimento das medidas cautelares impostas, mediante participação de entrevista amplamente divulgada por meio de redes sociais, sob pena de restabelecimento imediato da prisão (art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal).²⁶¹

As medidas implementadas em 8 de novembro de 2021 diziam respeito à gerência que o relator ambicionava ter do acusado em tudo o dissesse a seu favor e, especialmente, que fosse à mídia. Mas o segundo item não levou em conta as medidas cautelares anteriores, que não o havia proibido de participar de entrevistas a canais informativos. De todo modo, no entender de Alexandre de Moraes, a ampla

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: *Juge n'est pas Dieu***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 69.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Decisão: Trata-se de Ação Penal originada a partir de denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República imputando a DANIEL SILVEIRA, Deputado Federal, a prática das condutas descritas no art. 344 do Código Penal (por três vezes) e [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Adv.(a/s): Paola da Silva Daniel. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília, Distrito Federal, 8 nov. 2021, p. 4.

divulgação de sua entrevista pelas mídias digitais e por canal televisivo e radiográfico causou o descumprimento da proibição de acesso às redes sociais.

Alexandre de Moraes expressou que as medidas cautelares, “aparentemente, ainda não se revelam suficientes para cessar o seu *periculum libertatis*”.²⁶² Aury Lopes Jr. entende o *periculum libertatis* como “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.²⁶³ Diversamente do que antes foi manifestado pelo deputado nos vídeos que culminou todo o imbróglio narrado, a entrevista apenas demonstrou o exercício lícito da liberdade de compreensão dos fatos, pensamento e fala. Posteriormente, a Corte, por decisão monocrática, negou abusivamente todos os pedidos formalizados de concessão de entrevista ao acusado, representando, com esse epílogo, a real intenção do ministro.

Sobre a liberdade de expressão,

na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação.²⁶⁴

É certo que a liberdade de expressão não pode se revestir em abusos, nem a imunidade material parlamentar é absoluta, e ora alguma se cultiva esta defesa. O fato de inicialmente ter havido excessos de fala do deputado federal, por certo, empreende averiguação, mas as medidas posteriores adotadas ativamente pelo STF, representado pela figura do relator, fugiram à lógica processual e legal, tendo, na

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Decisão: Trata-se de Ação Penal originada a partir de denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República imputando a DANIEL SILVEIRA, Deputado Federal, a prática das condutas descritas no art. 344 do Código Penal (por três vezes) e [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Adv.(a/s): Paola da Silva Daniel. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília, Distrito Federal, 8 nov. 2021. p. 3.

²⁶³ JUNIOR, Lopes Aury. Prisões cautelares *apud* SANTIAGO, Patrick Assunção; AZEVEDO, Élio Ricardo Miranda. Reflexões lógicas sobre o *periculum libertatis* e a prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/opiniaao-reflexoes-logicas-periculum-libertatis-prisao-preventiva#:~:text=O%20periculum%20libertatis%20%C3%A9%20nas,a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20lei%20penal%22>. Acesso em: 28 set. 2022.

²⁶⁴ TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. p. 2.

mesma linha do parlamentar, cometido abusos importantes que, por pior, afetam toda uma estrutura legal.

Dizer que as respostas posteriores do acusado, mesmo que não em louvor aos seus acusadores – por óbvio, converte-se em um ataque à Corte –, é afiançar a repressão e a intocabilidade dos ministros quanto a críticas, comum a todos os outros cargos públicos. A intenção de fortalecer o Poder Judiciário iniciada pelo federalistas norte-americanos não era a de revesti-lo de uma couraça real, era apenas de conceder-lhe poderes para, diante de abusos dos Poderes Executivo e Legislativo, poder conservar-se autônomo em suas atribuições, mantendo-se a balança dos poderes em equilíbrio. Isto tudo em compasso com a intenção constitucional de o manter como guarda precípua da lei. Críticas aos seus membros não constitui ilegalidade. Consentir com um ativismo desse porte é consentir com a “supremocracia” tal como cunhado sabiamente por Vieira.

De modo preocupante, as ações tomadas pelo ministro Alexandre de Moraes se converteram em comandos que desnaturalizam o correto exercício do mandato parlamentar, de forma que qualquer manifestação do deputado Daniel da Silveira perante seu eleitorado – e ainda a sua permanência em locais onde estavam outros investigados pelo Supremo, também parlamentares –, foram tidos como afronta às medidas cautelares. Vieram outras medidas mais rígidas, até que se confirmou a condenação parcial do acusado em 24 de abril de 2022 pelo Plenário para:

(a) ABSOLVER O RÉU DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA da imputação do art. 286, parágrafo único, do Código Penal, considerada a continuidade normativo-típica em relação ao art. 23, II, da Lei 7.170/83;

(b) CONDENAR O RÉU DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA:

(b.1) como incurso nas penas do artigo 18 da Lei 7.170/83, por 2 (duas) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, em virtude da ultra-atividade da lei penal mais benéfica em relação ao artigo 359-L do Código Penal à pena 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão;

(b.2) como incurso nas penas do art. 344 do Código Penal, por 3 (três) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal à pena 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como à pena de 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor de 5 (cinco) salários-mínimos dia-multa, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento. Consideradas as penas para cada crime, a pena final é de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 35 (trinta e cinco) dias multa, o valor do dia-multa equivalente a 5 (cinco) salários-mínimos, considerado o patamar vigente à época do fato, que deve ser atualizado até a data do efetivo pagamento. Fica fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena. Após o trânsito em julgado, ficam ainda suspensos os direitos políticos do condenado, enquanto durarem os efeitos da condenação, nos termos do art. 15 inciso III, da Constituição Federal; bem como a perda do mandato parlamentar, em relação ao réu DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA,

nos termos do art. 55, inciso VI e o § 2º, da Constituição Federal e artigo 92 do Código Penal.²⁶⁵

Uma das coisas que se deve ter a compreensão é que, no ato em que uma Corte Superior tende ao ativismo e, por algum tempo, se concorda com essa prática, muito dificilmente se conseguirá o seu refreamento. O que antes se concebia como atos de justiça, posteriormente ganha dimensões que sufocam os poderes majoritários. Passam a aplicar não o que a lei constitucional prevê, mas o que entendem que ela deva ser.

Seja por isso que a Corte se insurgiu contra o ato do Poder Executivo, que resolveu conceder ao agora condenado deputado federal indulto presidencial, dizendo que esse ato discricionário deveria passar pelo crivo da Corte,

[...] apesar de o indulto ser ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo, a quem compete definir os requisitos e a extensão desse verdadeiro ato de clemência constitucional, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, não constitui ato imune ao absoluto respeito à Constituição Federal e é, excepcionalmente, passível de controle jurisdicional, pois o Poder Judiciário tem o dever de analisar se as normas contidas no Decreto de Indulto, no exercício do caráter discricionário do Presidente da República, estão vinculadas ao império constitucional.²⁶⁶

Sendo assim, manteve a persecução processual, determinando-se penalidades, multas pecuniárias e decretação e indisponibilidade de seus bens, móveis e imóveis, inclusive com abertura de outro inquérito, o de número 4.898, autuado de ofício pelo relator Alexandre de Moraes, até que houvesse “a análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto Presidencial nas ADPFs 964, 965, 966 e 967, de relatoria da eminente Ministra Rosa Weber”.²⁶⁷

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Decisão: Ação penal originária. Deputado federal. Não incidência de liberdade de expressão ou de imunidade parlamentar (art. 53, caput, da Constituição Federal) nas hipóteses de propagação de discursos de ódio, ideias contrárias à ordem constitucional e ao estado de direito. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Adv.(a/s): Paola da Silva Daniel. Adv.(a/s): Mariane Andreia Cardoso dos Santos. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília/DF, 24 abr. 2021, p. 417.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Decisão: Em 22/3/2022, determinei a abertura de vista dos autos à Procuradoria-Geral da República, para manifestação quanto ao desrespeito das medidas cautelares impostas ao réu, em razão dos fatos noticiados (eDocs. 760-762), [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Adv.(a/s): Paola da Silva Daniel. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília/DF, 3 maio 2022. p. 4.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Despacho: Em decisão de 3/5/2022 ficou consignado que, enquanto não houver a análise da constitucionalidade do Decreto

A Constituição Federal contempla, em seu artigo 84, inciso XII, a competência privativa do Presidente da República para conceder indulto e comutar penas. Faculdade que está prevista, de igual forma, no Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, no artigo 734. A graça concedida pelo chefe do Poder Executivo não foi exposta na Constituição Federal com ressalvas, nem mesmo do Judiciário. Portanto, não é competência do STF a tarefa de analisá-lo. As palavras de Alexandre de Moraes, ao dizer que, excepcionalmente, o indulto é passível de controle judicial, apenas confirmam tudo que se pretendeu demonstrar até o momento: o ativismo judicial brasileiro contribui para o esmiuçamento de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que é a separação de poderes, com características muito mais severas ao princípio democrático que afronta de morte o princípio da dignidade humana, pilar de toda a estrutura constitucional brasileira.

De resto, a doutrina sobre o tema afirma que o indulto contém todas as características e benesses da anistia. Diversamente ao que fora empregado pela Corte, para impor a manutenção dos efeitos secundários da condenação, esses são extirpados juntamente aos efeitos principais.

A graça, hoje, se insere como instrumento de reios e contrapesos, passando a ser usada com medida moderadora para contenção do Poder Judiciário, dentro do princípio dos controles recíprocos, como também medida de política criminal, individualizadora de pena.²⁶⁸

O artigo 107 do CPP estatui que o benefício da anistia, graça e indulto extingue a punibilidade.²⁶⁹ O CPP conta, em seu artigo 738, que, “concedida a graça e juntado aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena”; e, no artigo 741 que “se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário,

de Indulto Presidencial nas ADPFs 964, 965, 966 e 967, de relatoria da eminente Ministra ROSA WEBER, e, conseqüentemente, decisão de extinção de punibilidade ou o início do cumprimento da pena, [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Adv.(a/s): Paola da Silva Daniel. Adv.(a/s): Mariane Andreia Cardoso dos Santos. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília/DF, 11 maio 2022. p. 1.

²⁶⁸ SOUZA, Jarbas Fidelis de. Breves considerações sobre a graça, o indulto e reduções de penas. **R. Inf. Legisl.**, ano 20, n. 80, p. 189-198. p. 190.

²⁶⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940.

providenciará de acordo com o disposto no art. 738.”²⁷⁰. De toda crista que se examine, não há legalmente como conceber os argumentos utilizados pela Corte para atravancar o indulto presidencial outorgado.

Souza, sobre os aspectos do indulto, reverbera que seus efeitos se estendem “nos estritos termos em que foram concedidos”.²⁷¹ O decreto presidencial do dia 21 de abril de 2022 incluiu, em seu artigo 3º, todas “as penas privativas de liberdade, a multa, ainda que haja inadimplência ou inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, e as penas restritivas de direitos”.²⁷² Verifica-se, portanto, “a possibilidade de se receber o indulto antes do trânsito em julgado (em execução provisória, v.g. art. 5.º do Decreto de 2013)”.²⁷³

Nucci apregoa que a medida não se sujeita a qualquer recurso,²⁷⁴ devendo ter sido a partir de sua publicação, respeitada *in totum* pela Corte. Razão não subsiste em aguardar as decisões das várias ADPFs para aplicá-lo. Ademais, o indulto individual, segundo o renomado autor, ao não estabelecer qualquer condição para cumprimento, impõe a obrigação de o juiz acatá-lo.²⁷⁵

É perceptível que, no último decênio, o STF tem iniciado uma prerrogativa extraconstitucional para flexibilizar a teoria da separação de poderes, reconhecendo em várias de suas decisões o seu papel de modulador da Constituição Federal, o que, para Streck, tem impossibilitado a criação de teorias jurídicas aptas a criar previsibilidade no mundo jurídico.²⁷⁶

Se o direito tem um grau de autonomia e se temos uma Constituição normativa – portanto, ela é lei – então temos que construir as condições epistêmicas para que uma decisão não seja fruto de opiniões pessoais ou por

²⁷⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código penal. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940.

²⁷¹ SOUZA, Jarbas Fidelis de. Breves considerações sobre a graça, o indulto e reduções de penas. **R. Inf. Legisl.**, ano 20, n. 80, p. 189-198. p. 192.

²⁷² Art. 3º do decreto de 21 de abril de 2022: BRASIL. **Decreto de 21 de abril de 2022**. O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e [...]. Publicado em: 21/04/2022. Edição: 75-D. Seção: 1 – Extra D.

²⁷³ RIBEIRO. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, p. 1-13. nov.-dez. 2015. p. 3.

²⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 796.

²⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 797.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: Juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 102.

influências políticas, econômicas ou da mídia. Trata-se de discutir a democracia.²⁷⁷

Nem se diga que o agigantamento ativista do STF é fonte de seu poder contramajoritário, pois esse, sem dúvidas, não condiz a posicionamentos judiciais políticos, mas naquele poder que a Corte possui de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos dos poderes majoritários. Miranda enfatiza que, “ao aplicar a razão pública, o Supremo Tribunal Federal evita que a lei seja corroída pela legislação de maiorias passageiras ou, com maior probabilidade, por interesses parciais, organizados e influentes”.²⁷⁸ Galvão Filho diz mais: “a decisão do Tribunal Constitucional fundada em violação à disposição de direito fundamental não é contra o povo, mas tomada, em nome do povo, contra os erros de cálculo dos representantes políticos do povo”.²⁷⁹ Com isso, se detém a compreensão de que o poder contramajoritário do STF não se toa em ações que tendem a corromper a letra constitucional como patentemente empregado nos casos analisados. O poder do STF não é “contraconstitucional”; se assim fosse, estar-se-ia afiançando uma ditadura do Judiciário.

Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado.²⁸⁰

Ramos, em elucidação à norma jurídica de Konrad Hesse, corrobora a existência de uma limitação do poder de aplicação da Constituição, que é o limite da textualidade. Nessa perspectiva se aceita uma possibilidade de mutação constitucional, porém o seu rompimento é terminantemente proibido.²⁸¹ O que é senão rompimento constitucional a forma como o STF conduziu o caso em apreço. O poder

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: *Juge n'est pas Dieu***. Curitiba: Juruá, 2016. p. 93.

²⁷⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 535.

²⁷⁹ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 369. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/88482/000758450.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 set. 2022.

²⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171

²⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 172.

de discricionarieidade judicial não pode ser confundido com rompimento constitucional.
O ativismo se desenvolve nesses quadros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, concluímos que a teoria da separação de poderes criada por Locke e reformulada por Montesquieu teve a sua adesão diferida no contexto de cada país de estrutura democrática que a internalizou. Foi assim nos contextos europeu, norte-americano e brasileiro analisados. Observou-se, ainda, que, apesar de ser uma teoria estruturada para conceder independência aos entes estatais na condução de suas atribuições, ela acabou sendo flexibilizada para dar proeminência a um desses poderes. Na Europa, privilegiou-se o Poder Legislativo com maior propensão, refletido em seu contexto histórico absolutista. Nos Estados Unidos, a proeminência se deu em face do Poder Executivo, refletido em um sistema federativo, criado após longínquo período colonizatório, que enxergava no formato parlamentarista inglês tudo o que não se queria reproduzir, o que elevou a autoridade do Poder Judiciário a partir do modelo do *judicial review*. Nos países de origem latino-americana, como o Brasil, a aderência da teoria montesquiana não foi facilmente desenvolvida, especialmente no Brasil, que teve em sua história longínquos períodos ditatoriais, em que o Poder Executivo se manteve como o detentor das funções legislativas e condutor do Poder Judiciário. Apenas com a Constituição Federal de 1988 pôde-se realmente introduzir formalmente a teoria, que foi privilegiada como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, concedendo aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário independência para o exercício de suas atribuições, que deveriam ser efetivadas em harmonia, imperando-se o sistema de pesos e contrapesos para contenção de abusos operados por quaisquer deles.

Aderindo à característica desenvolvida pelos países de perfil democrático após a Segunda Guerra Mundial, em primazia o norte-americano, a preferência do Constituinte de 1987 foi o de constitucionalizar um conjunto extenso de direitos sociais. Esse fato colocou em evidência o Poder Judiciário, que, aliado à ampla discricionariedade que lhe foi atribuída, passou a judicializar assuntos tendentes aos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como principal causa a ineficiência regulatória destes últimos.

Ao deslocar o debate político para os tribunais, esses se tornaram os principais agentes definidores de política, provocando o surgimento do ativismo judicial, que foi definido doutrinariamente como a extrapolação da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que afeta principalmente o Poder

Legislativo. Essa prática, que se revela uma afronta à separação de poderes, interfere no âmago do processo decisório, cabível constitucionalmente aos poderes majoritários, conduzindo-os a meros espectadores do processo de formação do direito positivo, quando cortes assumem o caráter ativista.

Valemo-nos das impressões trazidas por Grostein de que o Judiciário, representado pelas cortes superiores, utiliza-se dos mecanismos *result-oriented judging* e de criação judicial do direito para estabelecerem-se ativistas, aderindo seus julgados à alargada compreensão que possuem sobre a discricionariedade judicial. Com isso, modulam-se os efeitos da letra constitucional corriqueiramente, ora para restringir, ora para alargá-la, com o intento de enquadrar-se aos vieses ideológicos e políticos do julgador, criando-se, por consequência, norma legal imperativa a partir de jurisprudências. Contudo, nosso sistema legal não se pauta no modelo da *common law*, que possibilita a formação de precedentes a partir das decisões judiciais, mas sim no modelo da *civil law*, em que a posição da jurisprudência é restringida aos contornos legais estabelecidos pelo legislador. Portanto, não existe uma cultura jurídica tendente a privilegiar a inteligibilidade das cortes em demérito do ordenamento legal.

Ocorre que essas diferenciações estão sendo cada vez mais confundidas na atuação do STF, como se viu em Baracho Jr. e Cabral, que trazem a concepção voluntarista da formação das súmulas vinculantes, que nada tem a ver com a cultura dos precedentes judiciais característicos da *common law*, formados a partir da *ratio decidendi*. Os “precedentes” vinculativos da Corte brasileira não partem essencialmente de um litígio concreto, podendo se dar em controle concentrado de constitucionalidade, o que reflete a sua formação a normas abstratas e a inferência pessoal dos ministros. Além de serem utilizados genericamente para formarem entendimentos jurisprudenciais referendados pelo Plenário da Corte, que repercutem em casos futuros, mas que, a qualquer tempo, podem ser modificados monocraticamente pela ideia equivocada que possuem de serem os tribunais os detentores do processo de elaboração da Constituição Federal. Tudo isso reflete a cunhagem de Vieira, ao referir-se ao STF como uma “supremocracia”.

Os casos avaliados demonstram claramente que, por vezes, o posicionamento da Corte em ressignificar a Constituição Federal desprestigia a significância dos poderes majoritários, formados a partir do princípio democrático consolidado a partir dos vieses do princípio da dignidade humana normativa. A autonomia decisória

referendada pela autonomia individual é perdida. A Corte está empreendendo posicionamentos particulares para gerir o ordenamento jurídico pátrio, revestindo suas decisões a um falacioso caráter social, que repercute na deformação da obra do Poder Constituinte originário, que, para além disso, afeta o princípio da separação de poderes.

Além disso, a estrutura da Suprema Corte, viabilizada por seu regimento interno, privilegia a atuação monocrática do relator, concedendo-lhe soberania decisória para estabelecer quais temas serão levados ao Plenário e quais serão enfrentados sob seu crivo. Passam a reger o controle sobre as pautas temáticas e temporais, como se viu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 402, na Ação Cautelar nº 4.327 e na Ação Penal nº 1.044.

Isso apenas demonstra que os ministros têm utilizado de uma discricionariedade desarrazoada para decidir sobre pautas de natureza substantiva, nitidamente conduzidas sob sua ótica ideológica, emitindo a *ultima ratio*, o que é preocupante em um Estado Democrático de Direito que estabelece limites aos abusos de quaisquer dos poderes autônomos.

Esta pesquisa não pretendeu apresentar uma solução para o problema exposto, mas trazer um esclarecimento de que as práticas ativistas robustecidas no STF vêm ganhando repercussões afetas à credibilidade do sistema democrático de direito brasileiro, gerando insegurança constitucional a refletir no apequenamento dos poderes eleitos. Longo será o caminho para a efetivação do princípio da separação de poderes, que, como sabiamente compreendido por Baracho Jr. (informação informal),²⁸² ainda necessita de estudos doutrinários mais aprofundados em relação ao ativismo brasileiro, que até o momento desenvolveu suas observações a partir da realidade norte-americana, mas que, pela complexidade do tema, deverá ser realizado em caráter multidisciplinar, o que compreenderá, a nosso ver, a verificação de mecanismos aptos a ensejar a contenção dessa prática e, por conseguinte, o fortalecimento do princípio democrático no Brasil.

²⁸² Fala do Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Jr. na disciplina Ativismo Judicial, PPGD *stricto sensu*, 21 de setembro de 2022.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Dignidade Humana e a análise da proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.).

Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Assistência litisconsorcial no mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, ano 19, n. 76, out.-dez, 1994.

ANDRADE, M. F. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

BARACHO JUNIOR, J. A. O. *et al.* Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e ativismo judicial. *In*: RIBEIRO, Patrícia Henriques *et al.* (org.). **25 anos da Constituição brasileira**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2014.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; CABRAL, Ana Luiza Novais. A Súmula Vinculante como um instituto voluntarista. **Prisma Jurídico**, v. 20, n. 2, p. 256-274, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição e ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 276-279.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva com colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Rocha. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos deputados** [recurso eletrônico]: aprovado pela Resolução n. 17 de 1989 e alterado até a Resolução n. 12 de 2019. 21.ed., Brasília, DF: Edições Câmara, 2022. p. 17. (Série Legislação; n. 2).

BRASIL. **Decreto de 21 de abril de 2022**. O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, *caput*, inciso XII, da Constituição, tendo em vista o disposto no art. 734 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, e [...]. Publicado em: 21/04/2022. Edição: 75-D. Seção: 1 – Extra D. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-de-21-de-abril-de-2022-394545395>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 nov. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Inquérito n. 3983**. Imputação dos crimes previstos nos arts. 317 do código penal e 1º, v, vi, vii, da lei 9.613/1998. foro por prerrogativa de função: hipótese em que não é recomendável cisão do processo. presidente da câmara dos deputados: não cabimento de aplicação analógica do art. 86, § 4º da Constituição [...]. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 03/03/2016. Publicação: 12/05/2016. Órgão julgador: Tribunal Pleno acórdão eletrônico dje-095 divulg. 11-05-2016, public. 12-05-2016. Partes autor(a/s)(es): Ministério Público Federal Proc.(a/s)(es): Procurador-geral da República. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur347957/false>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ag. reg. no terceiro a g.reg. na ação cautelar 4.327**. Distrito Federal. Direito constitucional e processual penal. ação cautelar. agravo regimental do ministério público. Rejeição de prisão preventiva. Imposição de medidas cautelares alternativas. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso Agte.(s): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Agdo.(a/s): Aécio Neves da Cunha. Adv.(a/s): Alberto Zacharias Toron e outro(a/s). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313141770&ext=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402**. Relator: Min. Marco Aurélio. Manifestação da PGR nº 265.592/2016-AsJConst/SAJ/PGR. Brasília/DF, 03 de novembro de 2016. p. 7. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975492>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Petição de apresentação de manifestação 69829/2016**.

Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 06 dez. 2016, p. 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975492>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Decisão da Mesa do Senado Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília/DF, 06 dez. 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975492>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Petição inicial 03/05/2016**. Autores: Daniel Sarmento

Advogados, Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados Escritório de Advocacia, Rio de Janeiro e Brasília/DF, 3 mai. 2016, p. 4. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14788548>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Relatório**. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –

Adoto, como relatório, as informações prestadas pelos assessores Dr. Lucas Faber de Almeida Rosa, Dr. Rodrigo Crelier Zambão da Silva e Dr. Vinicius de Andrade Prado [...], Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília (DF), 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adpf-402.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Decisão monocrática**. Decisão arguição de

descumprimento de preceito fundamental – liminar – relevância e urgência – deferimento. presidência da república – linha de substituição – cargo – ocupação – réu. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília (DF), 05 dez. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975492>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402. Acórdão**. Pretendido afastamento cautelar do presidente do senado federal no que se refere ao exercício dessa específica função institucional em razão de ostentar a condição de réu no âmbito de processo de índole penal contra ele existente (Inq 2.593/DF) – [...] Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília (DF), 07 fev. 2016, p. 38. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315124511&ext=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal nº 1.044**. Distrito Federal. Trata-se de ação penal em face do Deputado Federal DANIEL LÚCIO DA SILVEIRA. A denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República imputou ao parlamentar a prática das condutas descritas no art. 344 do Código Penal (por três vezes) e no art. 23, II (por uma vez) e IV (por duas vezes), o último combinado com o art. 18, ambos da Lei 7.170/83. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Revisor: Min. Nunes Marques. Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Réu(é)(s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Paulo César Rodrigues de Faria. Aut. pol.: Polícia Federal. Brasília, Distrito Federal, 14 mar. 2021, 2-3. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347812960&ext=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 80 DF**. Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 17/08/2005. Data de Publicação: DJ 25/08/2005 PP-00180. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14788548>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402 DF. Petição - 27553/2016** - Of. n. 810/SGM/P/2016, Arguição de descumprimento de Preceito fundamental n. 402. Informações da Câmara dos Deputados (art. 5º, 2º § da Lei n. 9882/1999). Relator: Min. Marcos Aurélio, Brasília/DF, 23 mar. 2016, p. 7. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975492>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 402 DF. Petição de apresentação de manifestação 30835/2016**. Brasília/DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4975492>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 80 DF**. Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 17/08/2005. Data de Publicação: DJ 25/08/2005 PP-00180.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 60 de 19 de setembro de 2008**. Institui o Código de Ética da Magistratura Nacional. Brasília/ DF, 26 ago. 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/127.2008>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Direito Penal e Processo Penal**. Publicações temáticas. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=1324>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4.828**, Distrito Federal. Decisão: O presente Inquérito 4.828/DF foi instaurado, por requerimento da Procuradoria Geral da República, para “a apuração de fatos ocorridos no dia 19 de abril de 2020 e seus antecedentes”, em virtude da ocorrência de “aglomerações de

indivíduos diante de quartéis do Exército brasileiro das quais foram noticiadas pretensões de animosidade entre as Forças Armadas e as instituições nacionais” [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República. Brasília, Distrito Federal, 1º jul. 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346945140&ext=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.456**, Distrito Federal. Petição penal e processo penal. Inquérito. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Observância dos artigos 41 e 395 do Código de processo penal. Presença de justa causa para a ação penal. Não incidência da imunidade material (cf, artigo 53 caput). Narrativa clara e expressa que se amolda à descrição típica dos crimes imputados. Existência de prova da materialidade e indícios de autoria. Denúncia recebida. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Reqte(s):Ministério Público Federal proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República: Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Maurizio Rodrigues Spinelli adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias adv.(a/s): Juliana Araujo Carneiro. Adv.(a/s): Leandro Mello Frota. Adv.(a/s): Maria Isabelle Souto. Brasília, Distrito Federal, 28 abr. 2021, p. 7. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346753205&ext=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9.456**. Decisão: Em 16 de fevereiro de 2021, após chegar ao conhecimento desta CORTE um vídeo publicado pelo Deputado Federal DANIEL SILVEIRA, disponibilizado através do link: "<https://youtu.be/jMfInDBItog>", no canal do "YouTube" denominado "Política Play", [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Reqte.(s): Ministério Público Federal Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral da República Reqdo.(a/s): Daniel Lúcio da Silveira. Adv.(a/s): Maurizio Rodrigues Spinelli. Adv.(a/s): Jean Cleber Garcia Farias. Adv.(a/s): Juliana Araujo Carneiro. Brasília, Distrito Federal, 14 mar. 2021, 12-13. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345913030&ext=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**, v. 66, n. 6, p. 236-247, Dec.-Jan., 1983.

CAPEZ, Fernando. Sistema acusatório e garantias do processo penal. Disponível em: <https://fernandocapez.com.br/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/>. Acesso em: 10 set. 2022.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporâneo. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/88482/000758450.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 set. 2022.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rurion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. Tradução de Felipe Gonçalves Silva e Rurion Melo. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas processuais penais. [2000]. p. 23. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 set. 2022.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **U. C. Davis Lw Review**, University of California, Davis, v. 47, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2 ed. alemã. trad. José de Souza Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LEAL, Sérgio. **À sombra de Montesquieu**: reflexões sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey. 2019.

LEBRE, Marcelo. **Direito penal para defensor público**. Curitiba: Aprovare, 2014.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: a influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de constituição como *paramount law*. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 203-223, out./dez. 2006.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, E. P.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. 1948. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjwmdGYBhDRARIsABmSEePsMf10uJjvyx2wIGMVNac7qKgSyV90cKEcQUBIFJ1Cp9Rmhyfh0saAktIEALw_wcB. Acesso em: 10 set. 2022.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições brasileiras. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, p. 1-13. nov.-dez. 2015.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**. Berlin, Heidelberg, N. York: 2003.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SANTIAGO, Patrick Assunção; AZEVEDO, Élio Ricardo Miranda. Reflexões lógicas sobre o *periculum libertatis* e a prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, 12 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/opinioao-reflexoes-logicas-periculum-libertatis-prisao->

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**; tradução de Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: VIDE Editorial, 2019.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. p. 2.

TSEBELIS, George. Processo decisório em sistemas políticos: *veto players* no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. [2017]. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_06.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts go Marching. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York University Press, 1995.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e 'ativismo judicial à brasileira'. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul.-dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Resolução processual do direito e democracia progressiva. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul.-dez. 2008.

WEBER, Tadeu. **Ética e Filosofia do Direito: Autonomia e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013. *E-book*.